Juristische Wochenschrift

Organ der Reichsgruppe Rechtsanwälte des NS. Rechtswahrer-Bundes

Herausgegeben von dem Reichsgruppenwalter, Rechtsanwalt Dr. H. Droege

Der Vertrauensgrundsatz als Leitgedanke des Straßenverkehrsrechts

Von Rechtsanwalt und Notar Dr. Gülde, Dresden

Immer wieder spielt die Frage, ob der Teilnehmer am Straßenverkehr auf das verkehrsmäßige Verhalten der anderen vertrauen dürfe, eine bedeutende, aber, wie man hinzufügen muß, leider immer noch keine stets eindeutige Rolle. Immer wieder, weil sie — sei es im Strafrecht, sei es im Haftpflichtrecht — für die Anforderungen an die Sorgfalt und für die Beurteilung der Schuldfrage ausschlaggebend ist. Immer noch keine eindeutige Rolle, weil sich trotz der nunmehr fünfjährigen Herrschaft der auf dem Gemeinschaftsgedanken ruhenden nationalsozialistischen Weltanschauung noch keine einheitliche Rechtsprechung und Rechtslehre zu dieser Frage durchgesetzt hat. Zwar hat man im allgemeinen erkannt, daß die frühere Auffassung überholt ist, wonach grundsätzlich stets mit den Unbesonnenheiten und Verkehrswidrigkeiten zu rechnen war, welche der sogenannten täglichen Lebenserfahrung entsprachen und nicht gänzlich aus ihrem Rahmen fielen. Zwar hat man seit Jahren immer wieder in der Rechtslehre und oft auch in der Rechtsprechung den Grundsatz aufgestellt, der Verkehrsteilnehmer dürfe auf das verkehrsmäßige Verhalten der anderen vertrauen, solange nicht Verkehrswidrigkeiten erkennbar würden. Jedoch hat man diesen Vertrauensgrundsatz nicht nur wiederholt in bedenklicher Weise allgemein eingeschränkt, sondern es ist eine recht große Anzahl von Entscheidungen festzustellen, in welchen bei der konkreten Beurteilung von Einzelfällen stark von der Idee des Vertrauensgrundsatzes abgewichen wird.

So sehr der Vertrauensgrundsatz wachsend an Boden gewinnt, so macht sich doch die alte individualistische Auffassung immer noch stark bemerkbar, die Auffassung nämlich, daß der einzelne auch in seinen Fehlern und Schwächen schutzwürdig sei, eine Auffassung, welche im Widerspruch zum Vertrauensgrundsatz folgerichtig das Verlangen zu rechtfertigen scheint, sich im Straßenverkehr grundsätzlich stets auf das Vorkommen von Verkehrswidrigkeiten anderer einzustellen. Es wird dabei oft übersehen, daß hier immer noch zwei weltanschauungsmäßig unvereinbare Auffassungen miteinander im Widerstreit liegen. Das kommt hauptsächlich daher, daß man meist die Entscheidungen allzusehr auf die besonderen Umstände der einzelnen Fälle abstellt, statt sie auf klare allgemeine Grundsätze zurückzuführen.

Die Grundlage der Volksgemeinschaft muß das Vertrauen sein. Dieses Vertrauen muß alle Gebiete des Volkslebens beherrschen. Aus dem Leitgedanken des Vertrauens zieht auch die Rechtsordnung der Volksgemeinschaft ihre beste Kraft und ihren tiefsten Sinn. Die Rechtsordnung der Volksgemeinschaft verlöre diesen ihren tiefsten Sinn, wenn sie nicht von dem Vertrauen darauf durchdrungen wäre, daß alle Volksgenossen getreulich ihren Rechtspflichten nachleben. Es bestreitet niemand, daß auch in der heutigen deutschen Volksgemeinschaft, daß auch unter der Herrschaft der nationalsozialistischen Weltanschauung die Menschen noch Fehler und Schwächen besitzen und unvollkommen genug sind. Wollte man aber eine Rechtsordnung auf diese Schwächen und Unvollkommenheiten abstimmen und statt auf das Vertrauen in die Pflichterfüllung auf allgemeines Mißtrauen in die Achtung vor dem Recht gründen, so brächte das unermeßlichen Schaden. Es schwände jede Rechtssicherheit, und die Rechtsordnung als Maßstab für das Verhalten aller Volksgenossen verlöre ihren Wert.

Von welchen Grundgedanken die deutsche Rechtsordnung getragen sein muß, bestimmt sich ausschließlich nach dem Nutzen oder Schaden für die Erhaltung und die Zukunft des Volkes. Ließe man gegenüber den Schwächen und Unvollkommenheiten die Zügel locker, so förderte man diejenigen, welche ihre Pflichten gegenüber der Volksgemeinschaft mangelhaft oder gar nicht erfüllen und dadurch ihr Volk schädigen, zum Nachteil der pflichtgetreuen Volksgenossen. Ein Volk, insbesondere unser deutsches Volk, kann seine Kraft und Größe nur erhalten und steigern, wenn jeder seine Kräfte aufs äußerste anspannt und Arbeit und Leben rückhaltlos und in höchster Pflichterfüllung für das Volk einsetzt. Pflichtwidrigkeiten, Schwächen und Unvollkommenheiten verdienen deshalb keine sentimentale Schonung, sondern sind im Interesse des Gesamtwohls mit Nachdruck zu bekämpfen. Auf dieses Ziel ist demzufolge auch die Rechtsordnung auszurichten. Ihre Aufgabe ist es nicht nur, den Volksgenossen zu sagen, wie sie handeln, wie sie sich verhalten und was sie unterlassen sollen, sondern sie muß auch so gestaltet sein, daß eine möglichst sichere Gewähr für die Befolgung ihrer Gebote und Verbote besteht. Eine solche Gewähr besteht indessen nur, wenn jede falsche Nachsicht gegenüber Schwächen und Pflichtwidrigkeiten aus ihr verbannt ist.

Auf das Straßenverkehrsrecht angewendet heißt das: entschiedener Kampf den Verkehrswidrigkeiten und Schluß mit jeder schwächlichen Nachsicht gegenüber den Verkehrssündern! In welchem Maße dies auch der Wille des Führers und der Staatsführung des Deutschen Reichs ist, zeigen die immer wiederholten amtlichen Verlautbarungen und hat insbesondere die große Verkehrserziehungsaktion im Juni 1938 gezeigt.

Hiermit wäre es unvereinbar, wollte man von den Verkehrsteilnehmern, welche ihre Rechtspflichten gehörig erfüllen, verlangen, sich regelmäßig und grundsätzlich darauf einzustellen, daß die andern das oft nicht tun. Die Verkehrswidrigkeit verdient eine solche Rücksicht nicht. Der Verkehrssünder ist in diesem Umfange nicht schutzwürdig. Hiergegen ist es kein Einwand, wenn man immer und immer wieder darauf hinweist, daß doch Unbesonnenheiten und Verkehrswidrigkeiten nicht restlos auszurotten seien und der täglichen Lebenserfahrung entsprächen. Denn, wenn auch die Verkehrswidrigkeiten nicht völlig zu beseitigen sind, so muß es doch stets das Ziel der Rechtsordnung für den Straßenverkehr bleiben, den Verkehrswidrigkeiten entgegenzuwirken, nicht aber, ihnen Schutz und Förderung zu gewähren. Nur so kann sie auch dem hohen Ziel nationalsozialistischer Verkehrspolitik dienen: die Zahl der Verkehrsunfälle weiter zu senken und das Volk vor Schaden an Menschen und Sachgütern zu bewahren.

Hieraus folgt zwingend: der nationalsozialistischen Rechtsauffassung im Straßenverkehrsrecht entspricht nur der Grundsatz, daß der Verkehrsteilnehmer darauf vertrauen darf, daß auch die anderen Verkehrsteilnehmer ihre Pflichten erfüllen.

Daß dieser Grundsatz nicht schrankenlos gelten und nicht dazu führen kann, etwa dem Verkehrsteilnehmer, der die Vorfahrt hat, zu erlauben, den andern, der sie nicht achtet, einfach

über den Haufen zu fahren, ist selbstverständlich, folgt aber ebenso gerade aus den nationalsozialistischen Rechtsgrundsätzen.

Zwar wird nach nationalsozialistischer Auffassung zunächst unerbittlich von jedem Volksgenossen verlangt, daß er zum Nutzen seines Volks seine Pflichten erfüllt, und Pflichtverletzungen werden unnachsichtlich geahndet. Trotzdem aber wird, wer dennoch fehlt, unter dem Gesichtspunkt der Volksgemeinschaft nicht etwa ganz fallen gelassen und ist nicht vogelfrei, von bestimmten Ausnahmen abgesehen. So scharf z. B. das heutige Strafrecht gegen alle diejenigen vorgeht, welche durch Vergehen und Verbrechen dem Volke schaden, so wird doch nach Ahndung der Straftat im allgemeinen alles getan, um den Volksgenossen wieder in den Rahmen der Volksgemeinschaft einzufügen und ihm wieder die Möglichkeit zu geben, zum Wohle seines Volks zu wirken.

Deshalb ist es, sobald eine Verkehrswidrigkeit erkennbar wird, auch im Straßenverkehrsrecht gerade unter dem Gesichtspunkt der Volksgemeinschaft ganz selbstverständlich, daß man den Verkehrssünder nicht als völlig schutzlos behandeln darf. Vielmehr gebietet die gemeinschaftsmäßige Rücksicht auf den Volksgenossen, der erkannten Verkehrswidrigkeit Rechnung zu tragen und alles zu tun, um nunmehr auch den Verkehrssünder vor Schaden an Leib und Leben zu bewahren. Rechtsgrundsätze, welche im übrigen ideell noch so richtig sein mögen, dürfen durch überspitzte Anwendung nie dazu führen, daß unser Volk dadurch Schaden nimmt. Jedes Menschenleben und jedes Sachgut ist auf das sorgfältigste zu hüten, weil es wertvolles Volksgut bildet. Das muß auch dann gelten, wenn der betreffende Volksgenosse sich und seine Habe durch eigenes Verschulden in Gefahr gebracht hat.

Sobald also die Verkehrswidrigkeit erkennbar wird, ist ihr Rechnung zu tragen.

Mancher könnte nun einwenden, daß es doch gerade unter diesem Gesichtspunkt der Erhaltung wertvollen Volksgutes gerechtfertigt wäre, zu verlangen, sich von vornherein auf die vielen immer wieder vorkommenden Verkehrswidrigkeiten einzustellen. Dadurch würde auch der Verkehrssünder am sichersten vor Schaden bewahrt. Selbstverständlich kann es im einzelnen Falle vorkommen, daß nur eine solche Auffassung den Unfall und die Entstehung von Schaden verhütet, weil das Mißtrauen im konkreten Fall berechtigt ist, während der Vertrauende um seines Vertrauens willen Schaden erleidet. Diese Betrachtungsweise enthält indessen einen Denkfehler. Nicht der Schutz des Verkehrssünders ist die Hauptaufgabe der Rechtsordnung des Straßenverkehrs, sondern der Schutz des ganzen Volkes. Der Rechtsschutz des Verkehrssünders entfällt zwar nicht völlig, wie ich zeigte, tritt aber hinter die Bedürfnisse der Gesamtheit zurück. Sieht man nun auf das Allgemeine, dann ist klar — das haben vor allem auch die Erfahrungen der Zeit vor 1933 gelehrt —, daß ohne den Vertrauensgrundsatz die Rechtsunsicherheit ständig wächst und die Verkehrsmoral mehr und mehr sinkt. Daß aber ein jeder Verfall der Verkehrsmoral im Endergebnis zu einer Steigerung der Verkehrsunfälle führen muß, liegt auf der Hand. In diesem Zusammenhang ist bemerkenswert, daß etwa seit der Zeit, seit welcher der Vertrauensgrundsatz begann, im Straßenverkehrsrecht Geltung zu gewinnen, die Zahl der Verkehrsunfälle relativ, d. h. im Verhältnis zur starken Steigerung des Kraftfahrzeugbestands und des Straßenverkehrs überhaupt, bedeutend gesunken ist, während in der vorhergehenden Zeit trotz Schrumpfung des motorisierten Verkehrs die Zahl der Verkehrsunfälle immer mehr stieg. Ein Beweis dafür, daß der Vertrauensgrundsatz nicht nur ideenmäßig richtig, sondern offenbar auch den praktischen Zielen des Straßenverkehrsrechts förderlich ist: der Hebung der Verkehrszucht und der Senkung der Verkehrsunfallziffer.

Also hat zu gelten: Allgemeines Vertrauen zur Pflichterfüllung aller Verkehrsteilnehmer, kein Rechtsschutz der Verkehrssünde, aber trotzdem Rechtsschutz auch dem durch eigene Verkehrssünde erkennbar gefährdeten Volksgenossen!

Die Rechtslehre hat sich mit wenigen Ausnahmen seit Jahren rückhaltlos auf den Standpunkt des Vertrauensgrundsatzes gestellt. Die Rechtsprechung dagegen ist leider immer noch schwankend. Das zeigen deutlich die Übersicht bei Carl, „Straßenverkehrs- und Verkehrshaftpflichtrecht“, 1937, A II 4 S. 60—69, die Zusammenstellung, welche Heucke in seinem „Reichsstraßenverkehrsrecht“, Teil I, 2. Aufl., 1938, in Anm. 12 bis 14 zu § 1 StraßVerkO. gibt, sowie die Kartei des Automobilrechts von Arndt, Stichwort „Voraussehbarkeit“ I A Karten 1—5 und I B Karte 1.

Die Wichtigkeit der Frage verlangt ein Eingehen auf Einzelheiten. Voranstellen möchte ich einen Satz von Heining: „Deutsches Recht“ 1938, 335, weil er die Idee des Vertrauensgrundsatzes besonders gut zum Ausdruck bringt:

„Die wahre Gemeinschaft ist auf höchste Pflichterfüllung jedes einzelnen und auf höchstes Vertrauen aller anderen in diese Pflichterfüllung gegründet.“

Auch in einer erfreulich großen Zahl von Entscheidungen des RG. und anderer höchster Gerichte kommt der Vertrauensgrundsatz klar, eindeutig und uneingeschränkt zum Ausdruck. So heißt es im Urt. des RG. v. 24. Juni 1937: JW. 1937, 2400 [71], der Vorfahrtberechtigte dürfe sich grundsätzlich auf sein Vorfahrtrecht sowie darauf verlassen, daß jeder Verkehrsteilnehmer der ihm obliegenden Pflicht, sich verkehrsgemäß zu verhalten, auch nachkomme; nicht allen möglichen, sondern nur den für ihn erkennbaren Gefahren müsse er Rechnung tragen. Ähnlich spricht sich das RG. in den Urt. vom 30. Aug. 1937: VAE. 1937, 477 Nr. 664, v. 9. Sept. 1937: VAE. 1937, 478 Nr. 665, v. 29. Jan. 1938: JW. 1938, 1461 [10] und v. 19. Febr. 1938: JW. 1938, 1461 [11] aus. Unter den anderen höchsten Gerichten ist es namentlich das OLG. Dresden, welches sich immer wieder rückhaltlos zum Vertrauensgrundsatz im Straßenverkehrsrecht bekennt. Auch das Urt. des KG. v. 24. Nov. 1936: RdK. 1937, 127 gehört hierher.

Indessen stehen daneben zahlreiche Entscheidungen höchster Gerichte, welche mit dem Sinn des Vertrauensgrundsatzes nicht oder nur schwer vereinbar erscheinen. So äußert das RG. im Urt. v. 21. Dez. 1935: DAutoR. 1936, 89, es könne den Grundsatz, jeder Verkehrsteilnehmer dürfe darauf vertrauen, daß die anderen das Gebot des § 25 RStraßVerkO. befolgen würden, in dieser Allgemeinheit nicht anerkennen. Indem das RG. hier der Allgemeingültigkeit des Vertrauensgrundsatzes schlechthin die Anerkennung versagt, ohne bestimmte Grenzen seiner Gültigkeit aufzuzeigen, läßt es bedauerlicherweise Unklarheit darüber bestehen, ob und innerhalb welcher Grenzen es den Vertrauensgrundsatz als maßgebenden Leitgedanken überhaupt anerkennt.

Weit bedenklicher noch ist das Urt. des RG. v. 17. Jan. 1938: JW. 1938, 580 [4] = DJ. 1938, 305. In ihm heißt es, der Grundsatz, daß ein Kraftfahrer mit einem unvorschriftsmäßigen und unbedachtsamen Verhalten von Fußgängern rechnen müsse, gelte nur in den Grenzen, die sich aus den Bedürfnissen des täglichen Lebens und aus der Rücksicht auf Wesen, Eigenheiten und Erfordernisse des Kraftwagenverkehrs ergäben. Damit erhebt das RG. schon wieder den Gegensatz des Vertrauensgrundsatzes, den Mißtrauensgrundsatz, nämlich die allgemeine Pflicht, mit fremden Verkehrswidrigkeiten zu rechnen, zum Regelgrundsatz, während es die Folgerungen aus dem Vertrauensgrundsatz zu Ausnahmen stempelt. Die Abgrenzung des Mißtrauensgrundsatzes aber wird gewissermaßen nur als Zugeständnis an den Kraftfahrzeugverkehr behandelt. Das bedeutet geradezu eine Rückkehr zu der individualistischen Auffassung der alten Zeit, gemildert nur durch eine etwas verschwommene Abgrenzung zugunsten des Kraftfahrzeugverkehrs. Denn was ist das Wesen des Kraftfahrzeugverkehrs? Seine Schnelligkeit und Dichte? Welches die Eigenheiten des Kraftfahrzeugverkehrs? Und welches die Erfordernisse des Kraftfahrzeugverkehrs? Seine Reibungslosigkeit und Leichtigkeit, die Beseitigung störender Hemmungen? Was soll man aber mit einer solchen Abgrenzung anfangen gegenüber der angeblich allgemeinen Pflicht, fremde Verkehrswidrigkeiten in Rechnung zu stellen, wenn man damit nicht sagen will, die Erfordernisse des Kraftfahrzeugverkehrs geböten es, dem Kraftfahrer zu gestatten, allgemein auf das verkehrsmäßige Handeln der anderen zu vertrauen, weil sonst — infolge ständiger aus Mißtrauen geborener Vorsicht — aus dem Schnellverkehr ein Langsamverkehr würde? Denn die dauernde Sorge vor fremden Verkehrssünden müßte un-

ausgesetzt sonst vermeidbare Geschwindigkeitsherabsetzungen veranlassen und damit die volle Auswirkung der nützlichen Eigenschaften des Kraftfahrzeugverkehrs unmöglich machen. Hinzu kommt, daß die vom RG. vorgenommene Abgrenzung den Eindruck erweckt, als ob mit dem Vertrauensgrundsatz für Kraftfahrzeugverkehr Sonderrechte beansprucht würden. Das ist aber gar nicht der Fall. Das soll auch gar nicht sein. Der Vertrauensgrundsatz als Auswirkung der nationalsozialistischen Rechtsauffassung ist ein Rechtsgedanke, welcher für alle Volksgenossen und im Straßenverkehr für alle Verkehrsgenossen zu gelten hat. Er muß für alle Verkehrsteilnehmer die Regel sein. Von ihm darf es nur ganz bestimmte, fest umrissene Ausnahmen geben, deren Beachtung wiederum von allen Verkehrsteilnehmern zu fordern ist.

Nicht weniger bedenklich ist das Urt. des RG. v. 19. Nov. 1936: VAE. 1937, 50 Nr. 50. In ihm kommen Wendungen vor, welche seit 1934 auch sonst wiederholt vom RG. und in seinem Gefolge von anderen höchsten Gerichten gebraucht worden sind. Der Kraftfahrer soll nämlich danach nicht mit Unbesonnenheiten zu rechnen brauchen, die nach der allgemeinen Erfahrung nicht zu erwarten seien, sondern nur mit solchen Unbedachtsamkeiten, mit denen bei verständiger Überlegung zu rechnen sei. Hierin liegt gleichfalls eine Rückkehr zu dem Mißtrauensgrundsatz des Individualismus. Die allgemeine Erfahrung lehrt bei verständiger Überlegung, daß namentlich von manchen Gruppen von Verkehrsteilnehmern fortgesetzt, manchmal sogar mit einer gewissen Regelmäßigkeit, Unbesonnenheiten begangen werden, und zwar von Verkehrsteilnehmern, die nach ihrer körperlichen und geistigen Verfassung durchaus in der Lage wären, verkehrsmäßig zu handeln. Wollte man nun die allgemeine Erfahrung hinsichtlich solcher Verkehrwidrigkeiten als Maßstab nehmen, so müßte man den Vertrauensgrundsatz wieder völlig aufgeben. Das aber wäre ein Verlassen der Leitgedanken der nationalsozialistischen Rechtsordnung, eine Rückkehr zu individualistischer Betrachtungsweise. Man stellte damit wiederum den Einzelnen als Gegenstand des Rechtsschutzes in den Vordergrund, und zwar mit allen seinen Fehlern und Schwächen, statt dem Wohl der Gesamtheit die ihm zukommende entscheidende Bedeutung zuzuerkennen. Es mag sein, daß das RG. die „verständige Überlegung" in einem Sinne meint, der nicht ohne weiteres aus der angeführten Redewendung zu erkennen ist. Man könnte sich denken, das RG. sei der Meinung, die verständige Überlegung führe unter der Herrschaft der gemeinschaftsmäßigen Auffassungen notwendig zu dem Vertrauen, daß heute im allgemeinen alle Verkehrsteilnehmer ihre Pflichten erfüllen und verkehrsmäßig handeln, und es müsse deshalb mit Unbedachtsamkeiten erst dann gerechnet werden, wenn besondere Umstände das angezeigt erscheinen ließen. Die Tatsache, daß das RG., wie eingangs hervorgehoben, wiederholt den Vertrauensgrundsatz klar und deutlich zum Ausdruck gebracht hat, läßt diese Annahme nicht abwegig erscheinen. Selbst dann aber dürfte man nicht verschweigen, daß die gewählte Formulierung zu Mißverständnissen Anlaß geben kann. Ich möchte hierzu noch auf Heucke, „Reichsstraßenverkehrsrecht", I, 2. Aufl., 1938, S. 19, hinweisen. Heucke sagt dort wörtlich: „Somit ist also jedes auch unverständige Verhalten anderer zu berücksichtigen, wenn es nur mit der Lebenserfahrung im Einklang steht, also nicht ganz aus dem Rahmen jeder Erfahrung fällt." Heucke gründet diese seine Rechtsmeinung auf eine Anzahl vorher von ihm angeführter und besprochener Urteile namentlich des RG. Es ist kein Zweifel, daß Heucke damit ganz auf dem Boden des alten individualistischen Mißtrauensgrundsatzes stehengeblieben ist.

Im Urt. des OLG. Dresden v. 21. Dez. 1937: VAE. 1938, 97 Nr. 133 heißt es, der Grundsatz, daß mit der Verkehrswidrigkeit eines anderen nicht von vornherein, sondern erst dann gerechnet zu werden brauche, wenn besondere Umstände das geboten erscheinen ließen, befreie nicht von der Pflicht, die Fahrbahn gehörig zu beobachten.

Die Pflicht, die Fahrbahn ständig aufmerksam zu beobachten, ist so selbstverständlich, daß ihre Hervorhebung in solchem Zusammenhang den Anschein erweckt, als ob die Geltung des Vertrauensgrundsatzes damit allgemein in Frage gestellt werden solle. Davon kann aber doch gar keine Rede sein. Ich habe oben betont, daß das Vertrauen in das verkehrsmäßige Verhalten der anderen in demselben Augenblick enden muß, in welchem eine solche Verkehrswidrigkeit tatsächlich erkennbar wird. Um aber erkennbare Verkehrswidrigkeiten wahrzunehmen, bedarf es dauernder Aufmerksamkeit. Die Wendung des Urteils macht den Eindruck, als ob verlangt werde, der Kraftfahrer müsse in jedem Augenblick gespannt darauf sein, ob irgendwoher, sei es auch infolge einer fremden Verkehrswidrigkeit, ein plötzliches Hindernis auftauche, und müsse, schon ehe er es überhaupt wahrnehmen könne, sich darauf einstellen. Die vom OLG. Dresden gewählte Formulierung kann wenigstens leicht zu einer solchen mißverständlichen Auslegung führen.

Daß sie auch nicht ganz fernliegt, zeigt weiter das Urt. des OLG. Dresden v. 16. Juli 1937: VAE. 1937, 476 Nr. 654. Es hält im geschlossenen Ortsteil den ortsfremden Fahrer für verpflichtet, jederzeit mit dem — u. U. erst spät erkennbaren — Einmünden von Seitenstraßen zu rechnen. Da von der Einmündung von Seitenstraßen die Rede ist, muß man unterstellen, daß der betreffende Fahrer auf einer Hauptstraße fährt, wo ihm die verstärkte Vorfahrt zusteht. Mit nicht vorher angekündigten, namentlich mit nicht durch Verkehrsschilder gekennzeichneten Seitenstraßen braucht er aber dort überhaupt nicht zu rechnen, es sei denn, daß man eben auch hier wieder von dem Fahrer verlangen will, er müsse ständig damit rechnen, daß aus den Seitenstraßen Verkehrsteilnehmer herauskämen, welche die Vorfahrt des Fahrers auf der Hauptstraße nicht beachteten. Das aber wäre wieder eine völlige Verleugnung des Vertrauensgrundsatzes. Wenn allerdings nur Straßen gleichen Ranges gemeint wären, dann wären höchstens Bedenken gegen die Verwendung der Bezeichnung „Seitenstraße" berechtigt.

Das OLG. München spricht im Urt. v. 12. Nov. 1937: VAE. 1938, 97 Nr. 134 aus, bei Fußgängern, welche Sonntag spät abends auf der Straßenmitte gingen, sei zu befürchten, daß sie nicht ganz nüchtern aus der Wirtschaft kämen und weiter verkehrswidrig handelten. Wenn das OLG. München die Besorgnis weiterer Verkehrswidrigkeiten damit begründet hätte, daß die Fußgänger durch das Gehen auf der Straßenmitte schon ein grob verkehrswidriges Handeln an den Tag legten und daß deshalb weitere Verkehrswidrigkeiten zu erwarten wären, so wäre hiergegen nichts zu sagen. Bedenklich aber erscheint es, zu verlangen, bei Fußgängern, die auf der Straßenmitte gehen, in der Sonntagnacht regelmäßig Angetrunkenheit oder Betrunkenheit als Begleiterscheinung der sonntäglichen Erholung vorauszusehen — trotz der seit Jahren und namentlich im laufenden Jahr verstärkt aufgenommenen Verkehrserziehung, trotz der von Jahr zu Jahr schärferen Bekämpfung des Alkoholmißbrauchs durch Verkehrsteilnehmer!

Im Urt. des OLG. München v. 18. März 1938: VAE. 1938, 302 Nr. 421 heißt es: Damit, daß ein vorausfahrendes Kraftfahrzeug aus unvorhergesehenem Anlaß (Schaden am Motor, an der Zündanlage, Reifenschaden oder Benzinmangel) plötzlich halten müsse, sei grundsätzlich zu rechnen. Das klingt zunächst ganz einleuchtend. Man muß sich aber hierbei die Frage vorlegen, ob man mit diesem plötzlichen Halten auch rechnen soll, ohne es durch das vorschriftsmäßige Bremslicht oder den hochgehaltenen Arm rechtzeitig angekündigt bekommen zu haben. Sollte das OLG. München angekündigtes Halten im Auge haben, so wäre sein Rechtssatz richtig. Wer hinter einem anderen Fahrzeug herfährt, muß seinen Abstand so gestalten, daß er selbst rechtzeitig seine Geschwindigkeit vermindern oder anhalten kann, wenn das vorausfahrende Fahrzeug seine Geschwindigkeitsverminderung oder sein Anhalten durch das Bremslicht ankündigt. Sollte aber das OLG. München der Meinung sein, daß man immer auch mit unangekündigtem plötzlichen Halten rechnen müsse, so wäre das — in dieser Allgemeinheit ausgesprochen — bedenklich und stellte eine nicht ohne weiteres gerechtfertigte Durchbrechung des Vertrauensgrundsatzes dar.

Schon die bisherige kurze Übersicht über die Rechtsprechung der letzten Jahre zeigt, daß die im Vertrauensgrundsatz gipfelnde neue Rechtsauffassung zwar in einer er-

freulichen Anzahl klarer und eindeutiger Entscheidungen des RG. und anderer höchster Gerichte zum Ausdruck gelangt, daß aber daneben noch viele Entscheidungen stehen, welche, wenn sie nicht überhaupt noch völlig in alten Rechtsauffassungen wurzeln, so doch mindestens in ihren Formulierungen äußerst mißverständlich sind.

Vom normalen, gesunden, erwachsenen Verkehrsteilnehmer wird heute allgemein strikte Pflichterfüllung und verkehrsmäßiges Verhalten erwartet. Es gibt aber Gruppen von Verkehrsteilnehmern, bei denen ein solches verkehrsmäßiges Verhalten aus besonderen Gründen nicht zu erwarten ist. Es handelt sich hierbei um kleine Kinder, um alte oder gebrechliche und unbeholfene Menschen. Dem kleinen Kind fehlen die Einsicht, Erfahrung und Willensreife. Den alten und gebrechlichen oder unbeholfenen Leuten fehlen häufig ebensowohl die Geistesgegenwart und rasche Entschlußfähigkeit wie das körperliche und geistige Vermögen, sich sicher in den raschen und dichten Schnellverkehr unserer Zeit einzufügen. Bei ihnen sind deshalb ebenso wie bei den kleinen Kindern andere Maßstäbe anzulegen. Wenn sie auf der Straße in Erscheinung treten, so ergibt sich schon daraus allein die Wahrscheinlichkeit eines Verhaltens, welches nicht stets und in jeder Beziehung den Anforderungen des Straßenverkehrs gerecht wird. Schon bei ihrem Auftauchen muß mit Verkehrswidrigkeiten gerechnet werden. Sie sind von sich aus nicht in der Lage, alle die Pflichten zu erfüllen, welche heute einem Straßenverkehrsteilnehmer obliegen. Allerdings kann es gemäß § 2 StraßVerkZulO. häufig schon als Verkehrswidrigkeit anzusehen sein, wenn Menschen, die sich infolge körperlicher oder geistiger Mängel nicht sicher im Verkehr bewegen können, überhaupt am Verkehr teilnehmen, ohne, z. B. durch die Mitnahme von Begleitern oder auf andere Weise, dafür zu sorgen, daß sie keine Verkehrsgefährdungen hervorrufen. Hiervon abgesehen aber ist kein Zweifel, daß gegenüber diesen Gruppen von Verkehrsteilnehmern der Vertrauensgrundsatz seine sonstige allgemeine Geltung nicht beanspruchen kann. Das RG. spricht im Urt. v. 3. März 1938: JW. 1938, 1318[16] aus, auch bei alten Leuten müsse mit Verkehrswidrigkeiten gerechnet werden. Im Urt. v. 8. Febr. 1938: VAE. 1938, 152 Nr. 207 heißt es, bei Verkehrsteilnehmern, welche der Kraftfahrer als unbeholfen und unsicher erkenne oder bei genügender Aufmerksamkeit erkennen müsse, seien Verkehrswidrigkeiten in Rechnung zu stellen. Auch nach dem Urt. des OLG. München v. 2. Nov. 1937: VAE. 1938, 72 Nr. 89 ist bei Kindern, alten, unbeholfenen oder gebrechlichen Personen mit unverständigem Verhalten zu rechnen.

Erfreulich ist es, daß das RG. in zwei neueren Urteilen sogar gegenüber Kindern in gewissem Umfang den Vertrauensgrundsatz für anwendbar hält. Im Urt. v. 17. Dez. 1937: VAE. 1938, 99 Nr. 140 sagt es, der Kraftfahrer dürfe in gewissem Umfang mit dem vernünftigen Verhalten auch eines fünfjährigen Kindes rechnen. Im Urt. v. 13. Juni 1938: VAE. 1938, 360 Nr. 515 spricht es aus, auch von Kindern, welche sich bereits erkennbar auf das Herannahen des Kraftfahrzeugs eingestellt hätten, sei plötzliches Hineinlaufen in die Fahrbahn nicht zu erwarten.

Um den Überblick über die Rechtsprechung namentlich der neuesten Zeit noch etwas vollständiger zu gestalten, will ich im folgenden einige weitere Entscheidungen höchster Gerichte anführen, welche bestimmte einzelne Anwendungsfälle des Vertrauensgrundsatzes zum Gegenstand haben:

OLG. Dresden v. 29. Dez. 1937: VAE. 1938, 101 Nr. 143: Der Grundsatz vom Vertrauen in das verkehrsmäßige Handeln der anderen Verkehrsteilnehmer gilt auch an unübersichtlichen Kreuzungen.

OLG. Dresden v. 21. Jan. 1938: VAE. 1938, 105 Nr. 158: Fährt ein Radfahrer links und bleibt er beharrlich links, obwohl er erkennbar bemerkt hat, daß ein Kraftradfahrer ihn überholen will, so darf dieser darauf vertrauen, daß der Radfahrer nicht plötzlich noch nach rechts biegen wird.

OLG. Dresden v. 21. Jan. 1938: VAE. 1938, 158 Nr. 221: Gehen sechs Fußgänger, die Straßenbreite einnehmend, dahin und weichen sie auf ein Klingelzeichen dergestalt nach rechts und links aus, daß eine Lücke entsteht, so darf der Radfahrer durchfahren und braucht mit weiteren Verkehrswidrigkeiten der Fußgänger nicht zu rechnen.

OLG. Dresden v. 22. Febr. 1938: VAE. 1938, 158 Nr. 223: Der überholende Kraftfahrer darf darauf vertrauen, daß entgegenkommende Kraftfahrer verkehrsmäßig handeln.

OLG. Dresden v. 24. Febr. 1938, 6 Ss 375/37: Fährt jemand aus einem Grundstück heraus, so dürfen die Verkehrsteilnehmer, welche auf der Straße vorbeikommen, grundsätzlich darauf vertrauen, daß der Ausfahrende die erforderliche Sorgfalt beobachtet, bis das Gegenteil erkennbar wird.

OLG. Dresden v. 3. Mai 1938: VAE. 1938, 306 Nr. 432: Der Fußgänger darf darauf vertrauen, daß der Kraftfahrer mangels besonderer Umstände die rechte Fahrbahnseite einhält.

OLG. Dresden v. 19. Mai 1938: VAE. 1938, 302 Nr. 419: Der Kraftfahrer auf der Fernverkehrsstraße, der vor allem seine Fahrbahn zu beobachten hat, darf sich darauf verlassen, daß Fußgänger nicht, ohne Ausschau zu halten, die Fahrbahn betreten, es sei denn, er habe sie auf dem Fußweg wahrgenommen und aus ihrem Verhalten (spielende Kinder, taumelnde Betrunkene) schließen müssen, daß sie unachtsam handeln würden; die Fußwege nach solchen Verkehrsteilnehmern abzusuchen, ist er nicht verpflichtet.

KG. v. 18. Nov. 1937: VAE. 1938, 95 Nr. 127: Der Kraftfahrer braucht nicht damit zu rechnen, daß ein links auf dem Bankett fahrender Radfahrer plötzlich ohne erkennbaren Grund auf die andere Straßenseite herüberschwenkt.

KG. v. 8. Febr. 1938: VAE. 1938, 302 Nr. 420: Der Kraftfahrer braucht regelmäßig nicht damit zu rechnen, daß Fußgänger unbesonnen den Fahrdamm betreten, um ihn noch vor dem herankommenden Kraftwagen zu überqueren, oder sich sonst verkehrswidrig benehmen. An Haltestelleninseln muß mit solchen Unbesonnenheiten aber besonders dann gerechnet werden, wenn sich eine Straßenbahn nähert.

RG. v. 7. April 1936: JW. 1936, 1914[30] = VAE. 1936, 438 Nr. 374: Vom unsicher gewordenen Fußgänger sind auch weitere Verkehrswidrigkeiten zu befürchten.

RG. v. 15. Jan. 1938: VAE. 1938, 163 Nr. 236: Mit Fußgängern auf der Fahrbahn braucht der Kraftfahrer nicht zu rechnen, wenn ein Gehweg vorhanden ist.

RG. v. 13. Mai 1938: VAE. 1938, 305 Nr. 431: Der Führer eines beleuchteten Kraftwagens darf damit rechnen, daß andere sein Herannahen beachten, und daß stehende Personen sich vom Wagen fernhalten werden.

RG. v. 14. Juni 1938: DAR. 1938, 311 Nr. 213: Vom normalen Straßenpassanten ist plötzliches Zurückspringen in die schon überschrittene Fahrbahnhälfte nicht zu erwarten.

Weil die Regelung der Vorfahrt an Kreuzungen und Einmündungen von Straßen die wichtigste Frage des Straßenverkehrs ist, spielt die Anwendung des Vertrauensgrundsatzes begreiflicherweise gerade auch in den Fällen der Vorfahrt eine Hauptrolle. Hier zeigt sich besonders deutlich, daß nur der Vertrauensgrundsatz zu tragbaren Ergebnissen führt. Müßte man im allgemeinen stets damit rechnen, daß die Vorfahrt nicht beachtet wird, so beseitigte man am besten die Vorfahrtregelung ganz und verlangte, daß alle Verkehrsteilnehmer an allen Kreuzungen und Einmündungen zur Vermeidung von Unfällen ganz langsam fahren. Der Gesetzgeber hat im Interesse des motorisierten Schnellverkehrs einen anderen Weg gewählt, nämlich den, für die Kreuzungen und Einmündungen bestimmte Regeln aufzustellen, nach welchen der eine die Vorfahrt vor dem andern hat. Die Vorfahrtbefugnis hat aber nur Sinn und Wert, wenn sie nicht nur beachtet wird, sondern wenn auch der zur Vorfahrt Befugte sich grundsätzlich darauf verlassen darf. Man muß freilich dabei zwischen Kreuzungen von Haupt- mit Seitenstraßen und solchen von Straßen gleichen Ranges unterscheiden. Wer auf der Hauptstraße fährt, muß darauf vertrauen dürfen, daß alle von Seitenstraßen herkommenden Verkehrsteilnehmer, sei es von rechts, sei es von links, die Vorfahrt beachten, welche dem Verkehr auf der Hauptstraße gebührt. An Kreuzungen von Straßen gleichen Ranges dagegen muß jeder damit rechnen, daß ein anderer Verkehrsteilnehmer auftaucht, der, weil er von rechts kommt, ihm gegenüber die Vorfahrt

hat. Infolgedessen muß jeder bei der Annäherung an eine Kreuzung von Straßen gleichen Ranges seine Geschwindigkeit so herabmindern, daß er einem von rechts kommenden Verkehrsteilnehmer noch rechtzeitig die Vorfahrt einräumen kann. Gegenüber den von links kommenden Verkehrsteilnehmern darf er sich allerdings darauf verlassen, daß sie seine Vorfahrt beachten. Wiederum muß aus den dargelegten Gründen jeder, der an eine Kreuzung von Straßen gleichen Ranges kommt, darauf vertrauen dürfen, daß auch jeder andere nur mit geminderter Geschwindigkeit in die Kreuzung einfährt. Infolgedessen braucht an solchen Kreuzungen grundsätzlich niemand damit zu rechnen, daß jemand im Vertrauen auf seine Vorfahrtbefugnis gegenüber den von links kommenden Verkehrsteilnehmern schnell fährt. Anders liegt die Sache nur dann, wenn die Kreuzung völlig frei und übersichtlich ist, und wenn der, welcher an diese Kreuzung heranfährt, schon auf genügend große Entfernung erkennen kann, daß von rechts niemand kommt, daß also seine Vorfahrtbefugnis außer Zweifel steht (vgl. hierzu Gülde, „Straßenverkehrsordnung", 2. Aufl., Anm. 10 zu § 13 StraßVerkO.).

Allein ebenso wie über die Anwendung des Vertrauensgrundsatzes im allgemeinen, so herrscht auch über die Anwendung des Vertrauensgrundsatzes mit Bezug auf die Vorfahrtregelung immer noch keine völlig einheitliche Meinung in Rechtslehre und Rechtsprechung. Die Rechtslehre neigt auch hier stärker als die Rechtsprechung zur rückhaltlosen Anerkennung des Vertrauensgrundsatzes. Die Rechtsprechung dagegen weist seit 1934 neben vielen klaren und fortschrittlichen Entscheidungen noch eine beträchtliche Zahl von Urteilen auf, welche den heutigen Rechtsauffassungen noch nicht voll entsprechen (siehe hierzu Müller, „Straßenverkehrsrecht", 12. Aufl., S. 928 Anm. 24 zu § 13 StraßVerkO., und Floegel, „Straßenverkehrsrecht", 5. Aufl., Anm. 3a zu § 13 StraßVerkO.). Es läßt sich indessen nicht verkennen, daß bei der Anwendung des Vertrauensgrundsatzes auf die Vorfahrtregelung die Rechtsprechung schon größere Fortschritte gemacht hat als bei seiner sonstigen Anwendung.

Unter den Urteilen höchster Gerichte, welche die Anwendung des Vertrauensgrundsatzes auf die Vorfahrtregelung klar, überzeugend und ohne bedenkliche Vorbehalte begründen und anerkennen, treten besonders zahlreiche des OLG. Dresden hervor. So führt es z. B. im Urt. v. 8. Mai 1935: JW. 1935, 3403 aus: Das Vorfahrtrecht gebe dem Berechtigten auch nach dem Inkrafttreten der RStraßVerkO. nicht etwa allgemein die Befugnis, unbekümmert um den übrigen Straßenverkehr darauf loszufahren und dabei Straßenkreuzungen ohne Rücksicht auf andere Wegebenutzer zu überqueren. Während es aber unter der Herrschaft der früheren KraftfVerkO. und nach der zu dieser vorwiegend ergangenen Rechtsprechung dem an sich vorfahrtberechtigten Führer eines Kraftwagens im allgemeinen zur Pflicht gemacht worden sei, sich auf Unbesonnenheiten und verkehrswidriges Verhalten anderer Wegebenutzer einzustellen, könne dieser Rechtsstandpunkt in dieser Allgemeinheit nicht mehr aufrechterhalten werden. Entsprechend der Vorschrift des § 25 RStraßVerkO., die nach dem im Gesetz zum Ausdruck gebrachten Gedanken der Verkehrsgemeinschaft ebenso auch für den Vorfahrtverpflichteten Geltung habe, könne dem Vorfahrtberechtigten jetzt nur dann eine Schuld oder Mitschuld am Zusammenstoß mit einem seine Fahrbahn kreuzenden Fahrzeug beigemessen werden, wenn besondere Umstände darauf hindeuteten, daß der andere Führer ihm die Vorfahrt nicht einräumen würde, und er dessen ungeachtet, ohne einem solchen erkennbaren Verhalten des anderen, etwa durch Verminderung der Fahrtgeschwindigkeit oder nötigenfalls sogar durch Anhalten seines Fahrzeugs, Rechnung zu tragen, rücksichtslos von seinem Vorfahrtrecht Gebrauch mache und dadurch den Verkehrsunfall mit verursache. Es würde eine Überspannung der an einen Kraftwagenführer zu stellenden Sorgfaltsanforderung bedeuten, wenn man es dem Beschwerdeführer in dem vorliegenden Fall zur Schuld anrechnen wollte, daß er im Vertrauen darauf, daß das aus dem Seitenweg kommende Fahrzeug ihm die Vorfahrt lassen würde, seine Fahrt mit der von ihm eingehaltenen Geschwindigkeit auf die Kreuzung fortsetzte. Ähnlich spricht sich das OLG. Dresden u. a. noch in folgenden Urteilen aus: v. 5. Juni 1935: JW. 1935, 3403, v. 4. Okt. 1935: DAutoR. 1936, 50, v. 9. April 1936: RdK. 1936, 250 und v. 16. Sept. 1937: Auto und Kraftrad 1938, 105. In einem anderen Urt. v. 9. April 1936: DAutoR. 1936, 186 schränkt es allerdings seinen sonst so häufig vertretenen fortschrittlichen Standpunkt dahin ein, daß es an unübersichtlichen Straßenkreuzungen auch vom Kraftfahrer, der die Vorfahrt hat, verlangt, damit zu rechnen, daß nicht zur Vorfahrt berechtigte Verkehrsteilnehmer ihn nicht rechtzeitig wahrnehmen und daher sein Vorfahrtrecht nicht beachten würden. Demgegenüber bringt es später, im Urt. v. 29. Dez. 1937: VAE. 1938, 101 Nr. 143, wieder die allein haltbare Meinung zum Ausdruck, daß der Vertrauensgrundsatz auch an unübersichtlichen Kreuzungen gegenüber von links kommenden, zum Warten verpflichteten Verkehrsteilnehmern gelte. Im Urt. vom 23. Nov. 1937 (6 Ss 307/37) sagt das OLG. Dresden schließlich mit Beziehung auf den zum Warten Verpflichteten, er brauche nicht damit zu rechnen, daß der zur Vorfahrt Befugte auf der Kreuzung plötzlich die Geschwindigkeit verlangsame.

Das RG. vertritt im Urt. v. 6. Juni 1935: RdK. 1935, 262 folgende Meinung: Der Angeklagte wäre auch nicht ohne weiteres verpflichtet gewesen, deshalb langsamer zu fahren, weil der Radfahrer seinen Weg hätte kreuzen wollen. Er hätte vielmehr, wenn nicht besondere Umstände vorgelegen hätten, damit rechnen dürfen, daß der Radfahrer nur dann vor ihm einbiegen würde, wenn er dadurch die Fahrt des Angeklagten nicht behinderte. Der Angeklagte hätte nicht ohne weiteres damit zu rechnen brauchen, daß das ihm zustehende Vorfahrtrecht von dem Radfahrer nicht beachtet werden würde. Würde man von einem Vorfahrtberechtigten ohne weiteres verlangen, mit der Verletzung seines Vorfahrtrechts durch einen anderen Wegebenutzer zu rechnen und sein Verhalten danach einzurichten, so würden der Sinn und der Zweck der Bestimmungen über das Vorfahrtrecht ihre wesentliche Bedeutung verlieren. Nur wenn nach der besonderen Lage etwa damit hätte gerechnet werden müssen, daß der Radfahrer das Vorfahrtrecht des Kraftfahrers nicht beachten würde, hätte er sein Recht auf Vorfahrt nicht etwa durch rücksichtsloses Fahren erzwingen dürfen.

Ausführlich und grundsätzlich stellt sich das RG. auch im Urt. v. 25. Okt. 1935: JW. 1936, 450[12] = RdK. 1936, 8 auf den gleichen Standpunkt. Ähnlich spricht es sich in den folgenden Urteilen aus: RG. v. 5. Nov. 1935: JW. 1936, 454[18] = DAutoR. 1936, 89; RG. v. 4. Febr. 1936: RdK. 1936, 172 u. RG. v. 27. Febr. 1936: DAutoR. 1936, 219. Aus neuester Zeit erwähne ich noch das Urteil v. 25. März 1938: JW. 1938, 1318[16].

Auch andere höchste Gerichte erkennen in einer beträchtlichen Anzahl von Entscheidungen die allgemeine Anwendung des Vertrauensgrundsatzes auf die Vorfahrtregelung an (vgl. z. B. OLG. Düsseldorf v. 4. Sept. 1935: RdK. 1935, 353; OLG. Düsseldorf v. 21. Okt. 1935: RdK. 1935, 329 und OLG. München v. 28. Jan. 1936: RdK. 1936, 249). Im Urt. v. 1. April 1938: VAE. 1938, 312 Nr. 445 spricht das OLG. München aus, die Tatsache allein, daß ein entgegenkommender Verkehrsteilnehmer den Richtungsanzeiger herausstelle, sei grundsätzlich noch kein Anzeichen dafür, daß er die Vorfahrt des anderen mißachten werde.

Recht zahlreich sind indessen auch die Urteile höchster Gerichte, welche die Berechtigung zum Vertrauen auf die Beachtung der Vorfahrt teils völlig ablehnen, teils höchst unzureichend berücksichtigen. Vgl. hierzu die in der Kartei des Automobilrechts von Arndt, Stichwort „Vorfahrtberechtigter" I A Karten 1 und 2 abgedruckten Beispiele.

Das KG. schränkt in seinem Urt. v. 15. Mai 1936: RdK. 1936, 285 die Anwendbarkeit des Vertrauensgrundsatzes auf die Vorfahrtregelung in der gleichen Weise ein, wie es vom OLG. Dresden in dem oben erwähnten Urt. vom 9. April 1936: DAutoR. 1936, 186 geschieht.

In die Reihe der Entscheidungen höchster Gerichte, welche die Anwendung des Vertrauensgrundsatzes auf die Vorfahrtregelung ungenügend berücksichtigen, gehören schließlich vor allem noch zwei Urteile des RG.: das v. 25. März 1938:

VAE. 1938, 309 Nr. 439 und das v. 5. April 1938: HöchstRRspr. 1938 Nr. 1267.

Im ersten Urteil spricht das RG. aus: Neben der Vorschrift, sich beim Erkennbarwerden besonderer Umstände auf die Nichtbeachtung der Vorfahrt einzustellen, sei die allgemeine Regel zu berücksichtigen, daß jeder Verkehrsteilnehmer sein Verhalten, besonders seine Geschwindigkeit, so einzurichten habe, daß er jederzeit seine Pflichten erfüllen könne, auch bei überraschenden Verkehrslagen. Dies bedeutet eine beinahe völlige Aufhebung des Vertrauensgrundsatzes.

Im zweiten Urteil handelte es sich um folgendes:

Der Angeklagte fuhr mit einem schweren Lastzug in einer Großstadt auf einer breiten Hauptstraße mit starkem Verkehr, welche von einzelnen verkehrsarmen Seitenstraßen gekreuzt wurde. Aus einer dieser Seitenstraßen kam eine Radfahrerin heraus, ohne die dem Angeklagten zustehende Vorfahrt zu beachten. Der Angeklagte bog, um die Radfahrerin nicht zu gefährden, in seiner Fahrtrichtung nach links, stieß aber dabei mit zwei ihm dort entgegenkommenden Radfahrern zusammen, von welchen der eine getötet und der andere verletzt wurde. Das RG. mißbilligt hier die von der StrK. vertretene Ansicht, der Angeklagte habe sich als Kraftfahrer auf der Hauptstraße unbedingt auf seine Vorfahrt verlassen dürfen, und es sei ihm nicht zuzumuten gewesen, jede einzelne Einmündung einer solchen Nebenstraße zu beachten. Es spricht demgegenüber aus, der zur Vorfahrt Befugte dürfe zwar grundsätzlich auf die Beachtung seiner Vorfahrt vertrauen, habe aber nach Möglichkeit auch die Einmündungen der Querstraßen im Auge zu behalten.

Ich vermag mich der Auffassung des RG. nicht anzuschließen. Die ihr zu entnehmende starke Einschränkung des Vertrauensgrundsatzes halte ich zunächst schon aus den in meinen bisherigen Ausführungen erörterten grundsätzlichen Erwägungen für unstatthaft. Weiter berücksichtigt das RG. zu wenig, daß die Lenkung eines Lastzugs an sich schon ziemlich schwierig ist und die volle Aufmerksamkeit des Fahrers erfordert. Gerade das ist ein Moment, welches dazu zwingt, den Lastzugführer von der Verpflichtung freizuhalten, nun auch noch die vielleicht zahlreichen Einmündungen von Seitenstraßen mehr oder weniger ständig im Auge zu behalten. Hinzu kommt, daß nach den Feststellungen des Urteils auf der vom Lastzugführer befahrenen Hauptstraße starker sonstiger Verkehr herrschte. Dieser nahm erst recht die Aufmerksamkeit des Lastzugführers aufs stärkste in Anspruch. Der Fahrer mußte in erster Linie darauf achten, beim Begegnen, überholen und überholtwerden Gefährdungen zu vermeiden, er mußte auf die sicher nicht wenigen Fußgänger achten, welche herüber und hinüber von Fußsteig zu Fußsteig den Fahrdamm überquerten, und er hatte auch sonst noch mancherlei andere Verpflichtungen bei der Lenkung des Lastzugs zu erfüllen, ehe es ihm möglich gewesen wäre, nun auch noch den Seitenstraßen seine Aufmerksamkeit zuzuwenden. Über diese Bedenken hilft uns auch die Einschränkung der Pflicht zur Beobachtung der Einmündungen durch die Worte „nach Möglichkeit" nicht hinweg. Der Wert des Vertrauensgrundsatzes liegt ja gerade mit darin, daß das Vertrauen auf die Pflichterfüllung der anderen den Verkehrsteilnehmer in die Lage versetzen soll, seine eigenen unmittelbaren Verpflichtungen, die ohnehin zahlreich genug sind, so gewissenhaft und peinlich wie möglich zu erfüllen, ohne ständig durch die Sorge vor fremden Verkehrssünden beunruhigt zu werden. Die Rechtsauffassung des RG. könnte selbst für den Fall nicht anerkannt werden, daß etwa auf der betreffenden Hauptstraße wenig Verkehr geherrscht hätte oder daß die Straße so gut wie leer gewesen wäre. Denn dann hätte man den Fahrer für berechtigt halten müssen, seine Geschwindigkeit entsprechend zu erhöhen.

Gerade dieses Urteil des RG. zeigt ebenso wie manches andere abzulehnende Urteil der höchsten Gerichte, daß man beim Verlassen des Vertrauensgrundsatzes regelmäßig zu untragbaren Ergebnissen gelangt und vor allem an den Kraftfahrer Anforderungen stellen muß, welche mit dem „Wesen des Kraftfahrzeugverkehrs" nicht mehr vereinbar erscheinen.

Gleich wichtig wie für die Vorfahrtregelung ist der Vertrauensgrundsatz für die Bemessung der Fahrgeschwindigkeit ganz im allgemeinen, namentlich in der Dunkelheit. Wenn auch sonst der von der Rechtsprechung entwickelte Grundsatz als richtig anerkannt werden kann, daß die Fahrgeschwindigkeit keinen längeren Bremsweg bedingen dürfe, als die Entfernung sei, auf welche der Fahrer ein etwa auftauchendes Hindernis wahrnehmen könne, so muß doch eben auch dieser Rechtsgrundsatz entscheidend beeinflußt werden, wenn man ihn mit dem Vertrauensgrundsatz in Verbindung bringt. Ich habe bereits in einem kleinen Aufsatz: JW. 1937, 863 zu begründen versucht, daß dieser Rechtsgrundsatz dann keine Anwendung finden könne, wenn auf Grund von nicht rechtzeitig erkennbaren Verkehrswidrigkeiten anderer Verkehrsteilnehmer Hindernisse unerwartet in die Fahrbahn gelangten. Ich darf zur Vermeidung überflüssiger Wiederholungen darauf verweisen.

Die schönste Blüte wahrer Volksgemeinschaft ist das Vertrauen aller zu allen. Solch allgemeines Vertrauen muß auch die Krone der deutschen Rechtsordnung sein. Wir dürfen nicht wieder zu Auffassungen gelangen, welche das Mißtrauen in die Achtung vor dem Recht zur Grundlage haben. Aus diesem Grunde ist die Forderung gerechtfertigt, dem Vertrauensgrundsatz im Straßenverkehrsrecht immer mehr und uneingeschränkt zur Geltung zu verhelfen.

Der Entlassungsgrund auf der Arbeitsbescheinigung

Von Rechtsanwalt Dr. Helmuth Bertermann, Duisburg

I. Nach § 170 Abs. 2 ArbVermG. hat derjenige, der als Arbeitgeber einen sozialversicherungspflichtigen Arbeitnehmer beschäftigt, ihm nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses auf Verlangen eine Arbeitsbescheinigung auszustellen, aus der Art, Beginn, Ende und Lösungsgrund des Arbeitsverhältnisses sowie Höhe des Arbeitsverdienstes und einer anläßlich des Ausscheidens aus der Beschäftigung etwa gewährten Abfindung oder Entschädigung hervorgeht. — Der Arbeitgeber muß also neben den übrigen Angaben in die Arbeitsbescheinigung eintragen, warum der Arbeitnehmer bei ihm ausgeschieden ist. Gehen die Parteien in Frieden und Eintracht auseinander, so bereitet diese Eintragung in der Regel keine Schwierigkeiten. Hat der Arbeitnehmer das Arbeitsverhältnis von sich aus gelöst, so wird der Lösungsgrund „ausgeschieden auf eigenen Wunsch" angegeben. Ist der Arbeitgeber aus betrieblichen Gründen genötigt, die Kündigung auszusprechen, so ist je nach den tatsächlichen Verhältnissen Arbeitsmangel oder betriebliche Umorganisation als Grund für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses in die Arbeitsbescheinigung aufzunehmen.

Wenn nun für den Arbeitgeber ein Verhalten des Arbeitnehmers Grund zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses gewesen ist, so erhebt sich die Frage, ob bei der Abfassung des Lösungsgrundes nur der Eindruck des Arbeitgebers von dem Verhalten angegeben werden darf, oder ob eine Wertung dieses Verhaltens erfolgen kann. — Das LArbG. Leipzig [1]) sagt, es sei in derartigen Fällen vielfach nicht vermeidbar, daß das den Lösungsgrund enthaltende Wort oder die Redewendung in der Arbeitsbescheinigung eine Wertung des Verhaltens des Gekündigten enthalte. Eine solche Wertung sei zulässig. Dieser Auffassung ist auch Hueck [2]). Auch er hegt keine Bedenken, wenn mit dem Lösungsgrund in der Arbeitsbescheinigung eine Wertung des Verhaltens des Arbeitnehmers im Rahmen objektiver Feststellungen vorgenommen wird. — Dieser Ansicht ist in neuester Zeit das LArbG. Duisburg [3]) entgegengetreten und hat ausgeführt, daß alle in § 170 Abs. 2 ArbVermG. geforderten Angaben nur tatsächlicher Art sein dürften; der Arbeitgeber habe sich daher bei den Angaben eines jeden Werturteils zu enthalten.

[1]) Urt. v. 12. Okt. 1936: ArbRSamml. 28, 183.
[2]) ArbRSamml. 28, 183; 33, 40.
[3]) Urt. v. 17. März 1938: ArbRSamml. 33, 34.

II. 1. Zu der damit aufgezeigten Streitfrage soll im folgenden Stellung genommen werden. Zunächst ist zu ermitteln, ob der Wortlaut des Gesetzes einen Anhalt für die Beantwortung der zur Entscheidung stehenden Frage gibt. Der Begriff „Lösungsgrund" schließt sowohl die subjektive Veranlassung als auch die objektive Berechtigung der Kündigung in sich. Ob der Gesetzgeber das eine oder das andere von dem Arbeitgeber angegeben wissen will, läßt sich daher aus der Fassung des § 170 Abs. 2 ArbVermG. allein nicht entnehmen.

2. Es ist somit notwendig, den Sinn und Zweck des § 170 Abs. 2 ArbVermG. festzustellen. Das RArbG. sagt in seiner Entscheidung v. 8. März 1930[4]), die Arbeitsbescheinigung sei ein Zeugnis, das dem in § 117 GewO. und dem in § 630 BGB. gleichartig sei. Diese Ansicht hat das RArbG. aber später, nachdem die Arbeitsbescheinigung in ihrer Rechtsnatur und ihrer praktischen Bedeutung durch Verwendung im Arbeitsleben eingehender durchforscht worden war, nicht aufrechterhalten. In den neueren Entscheidungen [z. B. v. 22. Febr. 1933[5]) und v. 7. Febr. 1934[6])] hat es ausgeführt, die Arbeitsbescheinigung sei gegenüber dem Zeugnis in § 117 GewO. und § 630 BGB. verschiedenartiger Natur. Insbesondere habe die Arbeitsbescheinigung einen anderen Zweck. Die Arbeitsbescheinigung im Sinne des § 170 Abs. 2 ArbVermG. diene, so sagt das RArbG.[7]), im wesentlichen der Führung des Nachweises über die Voraussetzungen des Anspruchs auf Arbeitslosenversicherungsleistungen. Hieraus ergebe sich, daß in die Bescheinigung nur Angaben tatsächlicher Natur eingesetzt werden dürften. — Da nun der Beweggrund zur Kündigung der Eindruck ist, den der Arbeitgeber von einem bestimmten Sachverhalt bekommt, und dieser Eindruck, trotzdem er eine im *Inneren des Arbeitgebers stattgefundene Bewertung* bedeutet, als *Vorgang der Vergangenheit etwas Tatsächliches* ist, folgert das LArbG. Duisburg, daß sich der Arbeitgeber bei der Formulierung des Lösungsgrundes hierauf beschränken muß. Gehe der Arbeitgeber dazu über, diesen Beweggrund seiner subjektiven Bewertungsform zu entkleiden und als objektive Feststellung aufzuzeichnen, so liege darin eine Wertung, die nach den Grundsätzen des RArbG. unzulässig sei. — Für die Richtigkeit seiner Ansicht, so sagt das LArbG. Duisburg, sprechen auch noch die nachstehenden Erwägungen. Wenn der Arbeitgeber der Auffassung gewesen ist, daß der Entlassene sich einer Unregelmäßigkeit schuldig gemacht hat und er deshalb entlassen worden ist, so darf er, der Arbeitgeber, solange der Arbeitnehmer diese Auffassung nicht als richtig anerkennt, nicht als Lösungsgrund „Entlassen wegen Unregelmäßigkeiten" in der Arbeitsbescheinigung angeben. Er wird vielmehr unter Angabe der tatsächlichen Vorgänge nur sagen dürfen und müssen, daß er den Entlassenen für schuldig ansehe und er ihn deshalb entlassen habe. Gegenüber einer solchen Formulierung des Lösungsgrundes kann der Entlassene lediglich mit der Behauptung Klage auf Änderung bzw. Berichtigung der Arbeitsbescheinigung erheben, daß er tatsächlich aus einem anderen Grunde, etwa wegen einer stattgefundenen Auseinandersetzung, entlassen worden sei. Dagegen kann er nicht Klage mit dem Ziel erheben, daß das ArbG. nachprüfe, ob er sich tatsächlich der Unregelmäßigkeit schuldig gemacht habe. Dies ergibt sich schon daraus, daß, wenn das ArbG. nach einer Beweisaufnahme zu der Auffassung kommen sollte, daß der Arbeitnehmer sich nicht der Unregelmäßigkeit schuldig gemacht habe, es den Arbeitgeber nicht wird verurteilen können, einen anderen Lösungsgrund anzugeben. Der eigentliche „Lösungsgrund", der *Verdacht* der Unregelmäßigkeit, ist als stattgefundener Vorgang nachträglich einmal nicht aus der Welt zu schaffen. — Abschließend kommt das LArbG. Duisburg dann zu dem Ergebnis, der entlassene Arbeitnehmer könne sich im Wege der Klage nur dagegen wehren, daß der Arbeitgeber als Lösungsgrund nicht lediglich seine Auffassung über die tatsächlichen Vorgänge angegeben habe. Nur hierzu könne der Arbeitgeber verurteilt werden. Darüber, ob die tatsächlichen Vorgänge materiellrechtlich einen Grund zur Entlassung darstellten, habe das ArbG. in diesem Falle nicht zu entscheiden. Falls die Entscheidung über die Voraussetzungen des Anspruchs auf Arbeitslosenunterstützung eine Stellungnahme zu diesen Fragen erforderlich mache, sei diese von den Arbeitsämtern in ihren Spruchkammern selbst zu treffen.

Die Entscheidung des LArbG. Duisburg ruft dadurch, daß sie Arbeitgeber und Arbeitnehmer nötigt, bei der Formulierung des Lösungsgrundes andere Grundsätze anzuwenden als bei der Angabe des Kündigungsgrundes in dem Zeugnis und demzufolge scheinbar etwas Neuartiges fordert, eine gewisse skeptische Zurückhaltung hervor. Die im Arbeitsleben stehenden Kreise halten es z. B. nicht für notwendig, von einer verbreiteten Übung, nach der auch der Lösungsgrund ein Werturteil enthalten darf, abzugehen.

Diese ablehnende Haltung ist unberechtigt. Zunächst ist eine tatsächliche Übung nicht geeignet, die tiefere Erforschung des Rechtes zu hindern. Zum andern werden durch das LArbG. Duisburg keine neuartigen Grundsätze für die Formulierung des Lösungsgrundes aufgestellt. Das RArbG. hat, wie oben schon erwähnt, in seiner Entscheidung v. 7. Febr. 1934[8]) mit aller Deutlichkeit herausgestellt, daß die Arbeitsbescheinigung sich in ihrer Rechtsnatur maßgeblich von dem Zeugnis unterscheidet. Es hat weiter gesagt, daß die Angaben über den Lösungsgrund nur tatsächlicher Art sein dürften. Ausgehend von diesen Feststellungen kommt das LArbG. Duisburg zu dem Ergebnis, daß sich der Arbeitgeber bei der Formulierung des Lösungsgrundes eines jeden Werturteils enthalten muß. Da aber eine objektive Feststellung der Verhältnisse, die zu der Kündigung geführt haben, durch den Arbeitgeber nicht möglich ist, ihm die Mittel zu einer solchen „objektiven" Feststellung nicht zur Verfügung stehen, andererseits jede Folgerung aus dem zunächst gewonnenen Eindruck notwendig ein Werturteil in sich schließt, darf der Arbeitgeber als Lösungsgrund nur das aufführen, was er ohne innere Verarbeitung oder Auswertung in sich aufgenommen hat. Er muß sich auf die schlichte Wiedergabe der wahrgenommenen Ereignisse beschränken, da diese als Vorgänge der Vergangenheit allein tatsächlicher Natur sind.

Aus dem Vorstehenden ergibt sich, daß die von dem LArbG. Duisburg gezeigte Formulierung des Lösungsgrundes in der Arbeitsbescheinigung das Ergebnis der folgerichtigen Weiterentwicklung der Grundsätze des RArbG. ist und weil sie dem Sinne und Zweck des Gesetzes eher gerecht wird, als irgendeine andere Fassung allgemeine Anerkennung verdient.

III. Die Argumente, die *Hueck*[9]) gegen die Auffassung des LArbG. Duisburg anführt, sind nicht überzeugend. *Hueck* glaubt zunächst aus der Wortfassung die Ansicht des LArbG. Duisburg widerlegen zu können. Er sagt, sowohl in Abs. 1 als auch in Abs. 2 des § 170 ArbVermG. sei von dem Lösungsgrund des Arbeitsverhältnisses die Rede. Da in Abs. 1 unter Lösungsgrund der objektive Sachverhalt zu verstehen sei, könne derselben Fassung in Abs. 2 der Gesetzvorschrift keine andere Bedeutung beigemessen werden. — Hierzu ist zu sagen, daß die Wortfassung in beiden Absätzen des § 170 ArbVermG. keineswegs übereinstimmt. In Abs. 1 heißt es, der Arbeitnehmer habe anzugeben, aus welchem Grunde sein letztes Arbeitsverhältnis gelöst sei; der Abs. 2 bestimmt dagegen, der Arbeitgeber habe eine Bescheinigung auszustellen, aus der u. a. der Lösungsgrund des Arbeitsverhältnisses hervorgehe. Es kann daher nicht schon aus der Wortfassung des Gesetzestextes gefolgert werden, daß an den „Lösungsgrund" in Abs. 1 dieselben Maßstäbe anzulegen sind wie an den des Abs. 2. — Des weiteren wird sich zeigen, daß die Ansicht *Huecks*, in Abs. 1 sei unter Lösungsgrund der objektive Sachverhalt zu verstehen, im Gesetze keine Stütze findet. Wie schon gesagt, hat nach Abs. 1 der Arbeitnehmer den Lösungsgrund dem Arbeitsamt anzugeben. Der durch diese Angaben wiedergegebene Sachverhalt kann nun, weil die Darstellung aus dem Blickfeld des Arbeitnehmers erfolgt und in jedem Falle von einem persönlichen Interesse getragen ist, nicht als objektiv bezeichnet werden. Die Umstände rechtfertigen

---

[4]) ArbRSamml. 9, 163.
[5]) ArbRSamml. 17, 385.
[6]) ArbRSamml. 20, 101 = JW. 1934, 1067[6].
[7]) Urt. v. 7. Febr. 1934 a. a. O.
[8]) ArbRSamml. 20, 101 = JW. 1934, 1067[8].
[9]) ArbRSamml. 33, 40.

vielmehr den Schluß, daß die Darstellung mehr oder weniger subjektiv gefärbt ist. Da nun der Arbeitgeber bei den Angaben über den Lösungsgrund in der nach Abs. 2 auszustellenden Arbeitsbescheinigung sich notwendig nicht die Bewertung des Arbeitnehmers zu eigen machen kann und zu eigen machen wird, können seine Angaben über den Lösungsgrund grundsätzlich nicht mit denen des Arbeitnehmers übereinstimmen. Wenn aber zwei Gesetzestatbestände in ihrer praktischen Anwendung so verschiedene Auswirkungen zeigen, so ergibt sich daraus, daß die in ihnen enthaltenen Anweisungen sich inhaltlich nicht decken. Die in den beiden Absätzen des § 170 ArbVermG. enthaltenen Tatbestände über die Angaben des Lösungsgrundes stehen somit nebeneinander und sollen nach dem Wortlaut und der Systematik des Gesetzes voneinander unabhängig sein. Jeder der beiden Teile des Arbeitsvertrages soll das Seine zur Prüfung der Voraussetzungen der Arbeitslosenunterstützung dem Arbeitsamt liefern.

Hueck sagt weiter, bei der Prüfung des Arbeitsamtes sei nicht der subjektive Eindruck des Arbeitgebers entscheidend, sondern die objektiven Umstände, die den Anlaß zur Kündigung gegeben hätten. — Es ist natürlich richtig, daß das Arbeitsamt zur Erfüllung seiner Obliegenheiten objektive Unterlagen über das Verhalten des Gekündigten erhalten muß. Aus dieser Feststellung kann aber nicht ohne weiteres geschlossen werden, daß gerade den Arbeitgeber die Pflicht trifft, diese Unterlagen in der für die Nachprüfungen des Arbeitsamts erforderlichen Art zu liefern. Es ist bereits gesagt, daß der Arbeitgeber nicht die Möglichkeit hat, objektive Feststellungen zu treffen. Gerade in den hier behandelten Fällen, in denen ein Verhalten des Arbeitnehmers den Grund zur Aufhebung des Arbeitsverhältnisses darstellt, ist es dem Arbeitgeber, wie im praktischen Arbeitsleben täglich beobachtet werden kann, selbst bei gründlichster und verantwortungsbewußtester Prüfung der Verhältnisse nur in den wenigsten Fällen möglich, den objektiven Sachverhalt zu ermitteln. Man kann sogar so weit gehen und sagen, daß der Arbeitgeber nicht selten dem objektiven Sachverhalt noch nicht einmal nahekommt. Die Atmosphäre, die den Unternehmer umgibt, ist so grundverschieden von der des Gerichts, daß selbst unkomplizierte und unbeeinflußbare Zeugen, ohne sich darüber klar zu werden, vor dem Gericht eine andere Darstellung von dem Verhalten des Gekündigten geben, als sie sich dem Arbeitgeber bei dessen Nachforschungen gegenüber geäußert haben. Unter derartigen Umständen hat der Unternehmer seine Pflicht aus § 170 Abs. 2 ArbVermG. erfüllt, wenn er als Kündigungsgrund angibt, was er gesehen und wahrgenommen und was er nach pflichtmäßigem Ermessen für einen Eindruck von dem Verhalten des Gekündigten erhalten hat. Er hat dann aus seiner Interessensphäre dem Arbeitsamt die Unterlagen zur Verfügung gestellt, die es zur Prüfung des Anspruchs auf Arbeitslosenunterstützung des Arbeitnehmers benötigt. Reichen diese Angaben nicht aus, so kann dem Arbeitgeber nicht ein Prozeß aufgebürdet werden, an dem nur das Arbeitsamt und der Arbeitnehmer interessiert ist; ihm kann nicht zugemutet werden, durch einen solchen Prozeß Zeit und Geld aufzuwenden, um Unterlagen zu beschaffen, die ohne dieses Verfahren praktisch von ihm nicht beschafft werden können. Die über die Angaben des Arbeitgebers hinausgehende Bewertung des Verhaltens des Geschädigten muß also das Arbeitsamt selbst vornehmen. — Daß dies allein der Wille des Gesetzes ist, zeigt auch der § 171 ArbVermG. Die Vorschrift sieht ausdrücklich vor, daß das Arbeitsamt in dem Unterstützungsverfahren Ermittelungen jeder Art mit Ausschluß eidlicher Vernehmungen anstellen kann; alle Behörden und Privatpersonen sind verpflichtet, dem Arbeitsamt die Auskünfte zu erteilen, die zur Durchführung des Verfahrens erforderlich sind. Würde den Arbeitgeber die Pflicht treffen, die lückenlosen Unterlagen in Form einer objektiven Wertung des Verhaltens des Gekündigten dem Arbeitsamt zu stellen, so wäre die Vorschrift des § 171 ArbVermG. entbehrlich gewesen. — Man kommt somit zu dem Ergebnis, daß sowohl der Sinn des ArbVermG. und insbesondere der Zweck des § 170 Abs. 2 ArbVermG. der Arbeitsbescheinigung den oben aufgezeichneten tatsächlichen Inhalt vorschreibt.

Es ist schließlich zu berücksichtigen, daß, würde man in dem von Hueck gewollten Umfang die Berichtigungsklagen der Arbeitsbescheinigungen zulassen, eine unnatürliche Verlagerung der Verhältnisse einträte. — Ein Arbeitnehmer, der fristlos entlassen ist und diese Maßnahme nicht für gerechtfertigt hält, soll Klage erheben mit dem Ziele, den Arbeitgeber zu verurteilen, entweder den Lohn bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist zu zahlen oder die fristlose Kündigung für unwirksam zu erklären. — Fühlt sich ein Arbeitnehmer, dem ordnungsgemäß gekündigt worden ist, durch den Kündigungsgrund auf der Arbeitsbescheinigung herabgesetzt, — das kommt im Vergleich zu den vorstehend behandelten Fällen naturgemäß erheblich seltener vor —, so soll er, sofern die Voraussetzungen des § 56 ArbOG. vorliegen, auf Widerruf der Kündigung klagen. — Liegen die Voraussetzungen des § 56 ArbOG. nicht vor, so ist dem Gekündigten die Möglichkeit gegeben, durch ein Zeugnis eine Bewertung seines Verhaltens zu verlangen. Jeder Arbeitnehmer kann bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses von dem Arbeitgeber ein Zeugnis beanspruchen, das nicht nur über Art und Dauer der Tätigkeit Auskunft gibt, sondern das auch auf Wunsch auf Führung und Leistung auszudehnen ist[10]). Diesen Anspruch kann der Gekündigte im Klagewege verfolgen und verlangen, daß der Arbeitgeber eine Beurteilung vornimmt, die seine Ansicht über den Arbeitnehmer erkennen läßt[11]). Bei der ständig wachsenden Bedeutung des § 2 ArbOG. kann man schon heute sagen, daß infolge des Nachwirkens der Fürsorgepflicht des Unternehmers über den Zeitpunkt der Beendigung des Arbeitsverhältnisses hinaus dem Arbeitnehmer auch noch nachträglich ein Anspruch auf Erteilung eines Zeugnisses zusteht[12]). — Das Gesetz weist also für alle Fälle der Entlassung, mögen sie fristlos oder fristgemäß, in Groß- oder Kleinbetrieben, nach kurzer oder längerer Betriebszugehörigkeit vorgenommen sein, Möglichkeiten auf, nach denen der Arbeitnehmer eine Beurteilung seines Verhaltens durch den Arbeitgeber und, sofern er es für erforderlich erachtet, eine Nachprüfung durch das Gericht erreichen kann. Darüber hinaus noch eine, dasselbe Ziel verfolgende, aber alle Fälle der Lösung eines Arbeitsverhältnisses erfassende Klagemöglichkeit zu eröffnen, ist mit Rücksicht auf die Forderung der Klarheit in der Rechtsanwendung nicht geboten und im Interesse der Arbeitnehmer auch nicht erforderlich.

IV. Die hier vertretene Auffassung zeigt zudem in praktischer Hinsicht erhebliche Vorzüge. Durch die Beschränkung der Pflichten des Arbeitgebers auf nur tatsächliche Angaben ist eine klare Grenze gezogen. Der Anspruch auf Berichtigung der Arbeitsbescheinigung ist nur dann anerkannt, wenn die Angaben den tatsächlichen Verhältnissen nicht entsprechen, wenn also entweder der Arbeitgeber einen Lösungsgrund angegeben hat, der nicht die Veranlassung zur Kündigung gewesen ist, oder aber, wenn die Angaben eine subjektive Stellungnahme aufweisen. Die für notwendig gehaltene Beschränkung bedeutet also nicht, wie Hueck[13]) sagt, ein Zurückführen in den Zustand, in dem die Berichtigungsklage schlechthin für unzulässig erklärt wurde; die Berichtigungsklage wird als Notwendigkeit anerkannt, jedoch nur für die Fälle zugelassen, in denen die Möglichkeit der Berichtigung besteht. Für alle über diesen Rahmen hinausgehenden Ermittelungen ist allein das Arbeitsamt nach § 171 ArbVermG. zuständig.

V. Zusammenfassend kann festgestellt werden, daß einmal der Zweck und der Sinn des Gesetzes, zum anderen die schutzwürdigen Interessen der Beteiligten und schließlich das Bedürfnis, die Rechte und Pflichten bei der Ausstellung, der Berichtigung und der Auswertung der Arbeitsbescheinigung klar und für die Allgemeinheit verständlich abzugrenzen, die Anerkennung der von dem LArbG. Duisburg herausgestellten und auch hier vertretenen Auffassung rechtfertigen.

---

[10]) § 630 BGB., § 73 HGB., § 113 GewO.; Hueck, „Deutsches Arbeitsrecht", Grundriß (1938) S. 125.

[11]) RArbG., Urt. v. 9. Febr. 1938: JW. 1938, 2424[35].

[12]) LArbG. Dortmund, Urt. v. 8. Mai 1936: ArbRSamml. 27, 36; Hueck-Nipperdey-Dietz, „ArbOG.", 2. Aufl., § 2 Anm. 17 i.

[13]) Hueck: ArbRSamml. 33, 43.

Die Unterhaltspflicht des schuldig geschiedenen Ehemannes nach dem Gesetz vom 8. Juli 1938

Von Rechtsanwalt Dr. Messer, Lüneburg

Vorbemerkung. Das Thema „Unterhaltspflicht", das auch nach Inkrafttreten des neuen Eherechts nicht an Bedeutung verloren hat, soll in weiteren Aufsätzen behandelt werden, in denen auch die von den nachstehenden Ausführungen abweichende Meinung zu Wort kommt. D. S.

Die Unterhaltspflicht, die zwischen geschiedenen Eheleuten besteht, ist durch das Gesetz der Vereinheitlichung des Rechts der Eheschließung und der Ehescheidung v. 6. Juli 1938 neu geregelt worden. Von den mannigfachen Möglichkeiten, die es bezüglich der Unterhaltspflicht im Fall der Scheidung der Ehe gibt, soll nur eine im folgenden näher erörtert werden, und zwar die, die tatsächlich am häufigsten vorkommt. Das ist der Fall, wo die Ehe geschieden und der Ehemann für den schuldigen Teil erklärt ist. Wohl gemerkt die Fälle, die nicht minder zahlreich sind, in welchen die Ehe geschieden und die Ehefrau für schuldig erklärt wird, interessieren in der Praxis bezüglich der Unterhaltsfrage weniger. Denn es sind die Fälle selten, in denen ein schuldlos geschiedener Mann von seiner schuldig geschiedenen Ehefrau Unterhalt begehrt. Praktisch kommt immer wieder als Nachspiel zu Ehescheidungsprozessen der Unterhaltsprozeß der Ehefrau gegen den schuldig geschiedenen Ehemann vor.

§ 66 EhescheidungsG. v. 6. Juli 1938 besagt nun folgendes:

„Der allein und überwiegend schuldige Mann hat der geschiedenen Frau den nach den Lebensverhältnissen der Ehegatten angemessenen Unterhalt zu gewähren, soweit die Einkünfte aus dem Vermögen der Frau und die Erträgnisse einer Erwerbstätigkeit, die von ihr den Umständen nach erwartet werden kann, nicht ausreichen."

Diese Vorschrift beseitigt die früher auf Grund der §§ 1601 ff. BGB. bestehende Unterhaltsregelung. Entscheidend ist heute nicht mehr der standesmäßige Unterhalt, sondern es kommt heute darauf an, den nach den Lebensverhältnissen beider Ehegatten angemessenen Unterhalt festzustellen. Diese Worte des Gesetzes bieten an und für sich eine weite Auslegungsmöglichkeit. Will man an die Erläuterung einer derartigen Gesetzesstelle in heutiger Zeit herangehen, dann muß man sich als erstes folgendes vor Augen halten.

Ein nationalsozialistisches Gesetz verträgt nur eine einzige Auslegung, und zwar im nationalsozialistischen Sinne. Die Ehe ist nach nationalsozialistischer Auffassung eine Lebensgemeinschaft innerhalb der Volksgemeinschaft. Wenn sie wider Erwarten dieses Ziel praktisch nicht erreicht, die Volksgemeinschaft als solche keinerlei Werte von ihr zu erwarten hat, dann kann sie gelöst werden. Die Lösung geschieht unter dem Gesichtspunkt, daß die Verbindung zweier Volksgenossen zur Ehe für die Volksgemeinschaft wertlos ist und durch die Lösung einer solchen Ehe die Kräfte dieser Volksgenossen wieder frei werden, damit sie so die Möglichkeit haben, in einer anderen für die Volksgemeinschaft wertvolleren Verbindung sich zu betätigen.

Wenn von dem Gesichtspunkt des Interesses der Volksgemeinschaft eine Ehe gelöst wird, dann muß an und für sich diese Lösung eine endgültige sein. Es ist nie nationalsozialistische Art gewesen, eine Sache nur halb zu tun. Zerschneidet man das Band der Ehe, dann muß man auch die letzten Fäden, die die früheren Eheleute sonst noch miteinander verstricken, zerschneiden. Im Gegensatz zu der Auffassung des Liberalismus, der eine Ehe, die geschieden war, in wirtschaftlicher Hinsicht noch immer bestehen ließ, löst der Nationalsozialismus die Ehe endgültig auf. Denn es ist eine Behinderung der Entwicklungsmöglichkeiten der geschiedenen Volksgenossen, wenn sie in wirtschaftlicher Hinsicht noch immer miteinander verbunden werden. Denn so war es bei der liberalistischen Regelung. Die Ehe der Parteien war geschieden, man lebte getrennt, aber der schuldig geschiedene Ehemann mußte als dauernde Last mit sich herumschleppen die Unterhaltung seiner früheren Ehefrau. Vom Interesse der Volksgemeinschaft aus gesehen, ist das nie zu begrüßen. Wie oben dargelegt, entspricht es dem Interesse der Volksgemeinschaft, die von einer Ehe gelösten Volksgenossen aus dem Gesichtspunkt voneinander zu befreien, um ihnen in einem anderen Rahmen die Betätigung ihrer Kräfte zum Besten der Volksgemeinschaft zu ermöglichen.

Grundsätzlich wird man daher sagen müssen, daß es der nationalsozialistischen Anschauung entspricht, wenn nach Scheidung der Ehe alle Beziehungen und Bindungen der geschiedenen Ehegatten zueinander aufgehört haben.

Dieser grundsätzlich nationalsozialistische Standpunkt wird um so mehr in den Vordergrund bei der praktischen Anwendung von § 66 gestellt werden müssen, als, wie oben bereits angedeutet, die Formulierung des Gesetzes so ist, daß alle möglichen Auslegungen verständlich erscheinen könnten. Der Gesetzgeber hat für den Fall der schuldlos geschiedenen Ehefrau den Unterhaltsanspruch versagt, wenn die Einkünfte aus ihrem Vermögen und die Erträgnisse einer Erwerbstätigkeit, die von ihr den Umständen nach erwartet werden kann, für den ihren Lebensverhältnissen angemessenen Unterhalt ausreichen. Der angemessene Unterhalt, den Lebensverhältnissen der Ehefrau entsprechend, wird nun immer darin bestehen, daß die Ehefrau durch die geschiedene Ehe in ihrem Lebensunterhalt nicht schlechter gestellt wird als sie stehen würde, wenn sie die Ehe nicht geschlossen hätte. Auf eine einfache Formel gebracht, wird man sagen können, die Ehefrau, deren Ehe durch die Schuld des Mannes geschieden ist, soll in ihrer wirtschaftlichen Stellung keinerlei Schaden erleiden. Umgekehrt soll sie aber auch keinen Vorteil erlangen. Mit anderen Worten, sie soll die geschiedene Ehe nicht dazu benutzen, nun daraus ein Geschäft zu machen. Eine stolze, selbstbewußte, germanische Frau wird es sowieso als unter ihrer Würde ansehen, von dem Mann, von dem sie sich hat scheiden lassen, den sie also als unwürdig als Lebenskameraden angesprochen hat, noch Geld zu nehmen. Leider erlebt man es oft in Prozessen, daß die Ehefrau den Ehemann im Scheidungsprozeß in jeder nur denkbaren Weise schlecht macht, dann aber hinterher im Unterhaltsprozeß ihn für gut und würdig befindet, ihren Lebensunterhalt zu bezahlen. Eine stolze und selbstbewußte Frau wird auch das Geld des Mannes ablehnen, den sie ihrer Lebenskameradschaft nicht für würdig hält.

Wie betont, soll aber die Frau wirtschaftlich auch keinerlei Schaden leiden. Wird die Frau also so gestellt, wie sie stehen würde, wenn sie die Ehe nicht geschlossen hätte, dann wird man sagen müssen, daß der im § 66 Abs. 1 Satz 2 gesetzte Fall erreicht ist. Eine Frau, die also vor der Ehe einzig und allein von den Zinsen ihres Vermögens gelebt hat, die sich nach kurzer oder langer Ehe wieder scheiden läßt, wird keinen Unterhaltsanspruch gegen ihren schuldig geschiedenen Ehemann geltend machen können. Sie hat vor Eingehung der Ehe allein von den Zinsen ihres Vermögens gelebt und wird es auch nach Beendigung der Ehe können und müssen. Eine Frau hingegen, die bei Eingehung der Ehe ihren Beruf als Stenotypistin, Sekretärin oder Lehrerin usw. aufgibt, wird nach Scheidung der Ehe wirtschaftlich so zu stellen sein, wie sie bei Nichteingehung der Ehe mutmaßlich gestanden hätte. Eine solche Frau wird in den Beruf zurückkehren, dann aber nicht so viel verdienen, als wenn sie ununterbrochen tätig gewesen wäre. Dann muß die Differenz zwischen dem tatsächlichen Verdienst und dem Verdienst, der angefallen wäre, wenn die Frau ununterbrochen im Beruf geblieben wäre, bezahlt werden. Nur so wird man eine gerechte Lösung der wirtschaftlichen Unterhaltsfrage bei geschiedenen Ehen herbeiführen

können. Daß die Erwerbstätigkeit von der schuldlos geschiedenen Frau nach heutiger Auffassung erwartet werden kann und muß, ist so klar, daß jedes weitere Wort hierüber überflüssig erscheint. Wenn der Gesetzgeber insoweit von der Erwerbstätigkeit der Ehefrau spricht, die den Umständen nach erwartet werden kann, so stellt das keine Einschränkung dieser grundsätzlichen Auffassung dar. Wenn eine Frau infolge hohen Alters oder irgendwelcher Gebrechen oder im Hinblick auf die Erziehung und Sorge mehrerer Kinder an der tatsächlichen Erwerbstätigkeit verhindert ist, dann kann ihr ein Nichttätigwerden im Erwerbsleben nicht zum Nachteil ihres Unterhaltsanspruchs angerechnet werden.

Das „Schwarze Korps" hat anläßlich des neuen Ehescheidungsrechts v. 6. Juli 1938 einen Leitartikel herausgebracht unter der Überschrift: „Auf den Richter kommt es an." Das ist richtig. Es ist zu hoffen, daß unsere Richter an die Auslegung dieses nationalsozialistischen Gesetzes herangehen aus der Überzeugung, daß es sich um ein nationalsozialistisches Gesetz handelt, das nur im nationalsozialistischen Sinne auszulegen ist. Die nationalsozialistische Rechtfertigung der Ehescheidung liegt in der Erkenntnis, daß die zu scheidende Ehe wertlos für die Volksgemeinschaft und daß die so nutzlos verbundenen Kräfte wieder frei gemacht werden müssen. Auf halbem Wege würde man stehen bleiben, wenn man die geschiedene Ehe in ihren wirtschaftlichen Folgen aufrecht erhalten wollte.

Die Wiederverheiratung im Falle der Todeserklärung

Von Staatsanwalt Dr. H. Mittelbach, Berlin

Die Kodifikation des Eheschließungs- und Ehescheidungsrechtes in dem Gesetz v. 6. Juli 1938 hat die Bestimmungen über die Wiederverheiratung im Falle der Todeserklärung (bisher §§ 1348—1352 BGB.) zum Teil entscheidend geändert (§§ 43—45 EheG., § 19 VO. zur Durchf. des Gesetzes).

Die Todeserklärung schafft nach § 18 BGB. nur eine Vermutung für den Tod. Sie kann daher eine Auflösung der Ehe des für tot erklärten Ehegatten nicht herbeiführen. Kraft der Todesvermutung ist jedoch dem zurückbleibenden Ehegatten die Eingehung einer neuen Ehe ermöglicht. Wie im bisherigen Recht ist diese neue Ehe gültig, wenn auch nur einer der Heiratenden redlich ist. Sind sie beide unredlich, so ist die neue Ehe nichtig.

Mit der Schließung der neuen Ehe wird die alte Ehe aufgelöst. Eine spätere Aufhebung der Todeserklärung ändert hieran nichts. Die Wirkung der Auflösung der alten Ehe kann nur eine gültige neue Ehe herbeiführen. Ist die neue Ehe nichtig, so bleibt die alte Ehe bestehen. Diese Wirkung kann aber jetzt nur eintreten, wenn die Nichtigkeit der neuen Ehe durch Urteil festgestellt ist. Insoweit hat sich an dem bisherigen Rechtszustand nichts Wesentliches geändert. Während aber bisher auch eine Anfechtung der neuen Ehe deren Nichtigkeit ex tunc herbeiführen konnte, gibt die an Stelle der Anfechtungsvorschriften getretene Regelung über die „Aufhebung der Ehe" (§§ 33—42 EheG.) nicht mehr die Möglichkeit, die Ehe nachträglich mit Wirkung auf den Zeitpunkt der Eheschließung auszulöschen. Die Aufhebung der Ehe wirkt ex nunc; die Ehe wird mit der Rechtskraft des Aufhebungsurteils aufgelöst.

Die Aufhebung der neuen Ehe kann allein der wiederverheiratete Ehegatte, wenn der für tot erklärte Ehegatte noch lebt, binnen Jahresfrist begehren, sofern er beim zweiten Eheschluß redlich war. Das bisherige Recht gab beiden Ehegatten der neuen Ehe im Falle der Redlichkeit ein Anfechtungsrecht. Da bei erfolgreicher Anfechtung die neue Ehe rückwirkend vernichtet wurde, hatte diese zweite Ehe die Auflösung der ersten Ehe nicht herbeiführen können. Die Folgerung war, daß die alte Ehe wieder auflebte.

Wenn bei der Neuregelung die neue Ehe für den Zeitpunkt der Eheschließung bis zur Rechtskraft des Aufhebungsurteils als bestehend behandelt und nicht rückwirkend ausgelöscht wird, so muß die mit ihrer Schließung erfolgte Wirkung — Auflösung der alten Ehe — bestehen bleiben. Der aufhebungsberechtigte Ehegatte der neuen Ehe ist also nach erfolgreicher Aufhebung der zweiten Ehe mit keinem seiner beiden früheren Ehegatten mehr ehelich verbunden. In der Erkenntnis, daß diese Regelung zu Unzuträglichkeiten führen kann, wenn nämlich der wiederverheiratete Ehegatte zwar die Aufhebung der neuen Ehe durchführt, dann aber nicht zu seinem früheren Ehegatten zurückkehrt, ist die Bestimmung des § 44 Abs. 2 EheG. aufgenommen worden. Hiernach kann der wiederverheiratete Ehegatte, wenn er von seinem Rechte auf Aufhebung der zweiten Ehe Gebrauch macht, bei Lebzeiten seines Ehegatten aus der früheren Ehe nur mit diesem eine neue Ehe eingehen. Diese Regelung schafft ein besonders geartetes Ehehindernis. Da er eine Ehe nur mit seinem früheren Ehegatten eingehen „kann", ist er für jede andere Ehe als eheunfähig anzusehen. Schließt er dennoch eine Ehe mit einem anderen Partner, so dürfte diese im Wege der Nichtigkeitsklage für nichtig zu erklären sein. Einen anderen Sinn dürfte diese Regelung nicht haben, wenn auch dieser Fall der Nichtigkeit unter den Nichtigkeitsgründen der §§ 20—26 nicht aufgeführt ist. Will man diese Folgerung nicht ziehen, so würde die Bestimmung des § 44 Abs. 2 bedeutungslos werden.

Besondere Schwierigkeiten können sich jedoch ergeben, wenn der frühere Ehegatte sich zu einer erneuten Eheschließung nicht entschließen will oder kann. Es bedarf, wie dargelegt, zum Wiederaufleben der durch den zweiten Eheschluß aufgelösten Ehe einer neuen Eheschließung. Es ist der Fall denkbar, daß mit dem früheren Ehegatten auf Grund des EhegesundhG. infolge inzwischen eingetretener Umstände keine Ehe geschlossen werden kann. Bei der früheren gesetzlichen Regelung lebte die alte Ehe wieder auf und bestand für den wiederverheirateten Ehegatten nach Anfechtung der neuen Ehe die Möglichkeit, die alte Ehe zu lösen. Nunmehr besteht für ihn ein Ehehindernis, das nur eine erneute eheliche Verbindung mit dem Ehegatten der ersten Ehe zuläßt, diese erneute Eheschließung aber ist unmöglich. Er ist also bei Lebzeiten des Ehegatten der ersten Ehe überhaupt verhindert, eine eheliche Verbindung einzugehen, was nicht im Interesse der Volksgemeinschaft liegen kann. Ein Ausweg erscheint mir nur möglich, wenn von dem im § 44 Abs. 2 statuierten Ehehindernis Befreiung erteilt wird, wozu bisher eine gesetzliche Handhabe nicht vorliegt. Wenn auch Fälle dieser Art sich selten ereignen werden, so dürfte doch die Regelung dieser Frage geboten erscheinen.

Zur Frage der Gerichtskosten bei Pfändungsbeschlüssen in Armensachen

A.

Von Landgerichtsdirektor i. R. Schumacher, Altona

Im Schrifttum und in der Rechtsprechung herrscht Streit darüber, ob die notwendigen Kosten der Zwangsvollstreckung (§ 788 ZPO.), die der Schuldner im Verhältnis zum Gläubiger zu tragen hat, an der Pfändungsvergünstigung der §§ 850 ff. ZPO. teilhaben oder nicht. Die überwiegende Meinung bejaht die Frage (vgl. Jonas, „ZPO.", 15. Aufl., Anm. VI, 1 zu § 850; Baumbach, „ZPO.", 13. Aufl., Anm. 3 A zu § 850; OLG. Düsseldorf: OLG. 15, 168; OLG. Dresden: SächsArch. 1, 108), während von anderer Seite (vgl. LG. München I: JW. 1928, 2740⁵ = Rdbrf. JugJ. V, 25 und LG. Stuttgart: Rdbrf. X, 115 ff.; vgl. ferner: Rdbrf. V, 204 und Pigge: DJZ. 1909, 1136) der gegenteilige Standpunkt eingenommen, die Pfändbarkeit wegen der Kosten also

nur zugelassen wird, soweit die zu pfändende Forderung die allgemeine Pfändungsgrenze überschreitet. Mir scheint die Streitfrage angesichts der Erfahrungstatsache, daß in den weitaus meisten Fällen die Gläubiger bei den Pfändungs- und Überweisungsbeschlüssen im Armenrecht vorgehen, praktisch minder wichtig. Denn in allen diesen Fällen entstehen für den Gläubiger keinerlei Kosten, weder Anwalts- noch Gerichtsvollzieherkosten, auch werden ihm (§§ 77 Abs. 1, 74 Abs. 4 GKG.) keine Gebühren und Auslagen gerichtsseitig in Rechnung gestellt. Demnach kann der Gläubiger nicht beanspruchen, daß die Erstattung irgendwelcher Kosten seitens des Schuldners auf dem Wege über den Drittschuldner an ihn, den Gläubiger, im Pfändungs- und Überweisungsbeschluß ausgesprochen wird. Der Gläubiger wird auch einen solchen Antrag, an dem er kein Interesse hat, durchweg gar nicht stellen.

Nun geschieht es aber nicht selten — und diesen Fall erörtert Dr. Sieveking: JW. 1938, 1097 ff. —, daß der Richter oder der Rechtspfleger, welcher den Pfändungs- und Überweisungsbeschluß erläßt, zwecks Vermeidung eines Gerichtskostenausfalls in den als Armensache gekennzeichneten Beschluß formularmäßig oder von sich aus den Vermerk einfügt, der Drittschuldner habe aus den gepfändeten Beträgen an die Gerichtskasse für Gerichts- und Gerichtsvollzieherkosten oder für Gerichts- und Zustellungskosten eine spezifiziert errechnete Summe zu zahlen. Bisweilen lautet der Vermerk dahin, daß die Zahlung aus den gepfändeten Beträgen stattfinden soll erst: „nach erfolgter Befriedigung des Gläubigers". Dr. Sieveking meint, normalerweise ergäben sich aus diesem Vermerk keine Schwierigkeiten, Zweifel träten erst hervor, wenn der Pfändungs- und Überweisungsbeschluß nicht ausgeführt oder aufgehoben werde, dann stehe der Drittschuldner nämlich vor der Frage, ob er die Kosten noch an die Gerichtskasse zahlen solle oder nicht. Ich möchte jedoch annehmen, daß die Zweifel sich schon viel früher bemerkbar machen müßten, und zwar in dem Zeitpunkte, in welchem es sich um die Aufnahme des Vermerks in den Beschluß handelt. In Übereinstimmung mit dem LG. Chemnitz: Rdbrf. VI, 319 und mit dem LG. Naumburg: Rdbrf. XIV, 118 bin ich der Ansicht, daß der fragliche Vermerk in einen Pfändungs- und Überweisungsbeschluß, der eine Armensache betrifft, überhaupt nicht hineingehört, da er einer gesetzlichen Grundlage ermangelt, also, wie mir scheint, unstatthaft ist. Gewiß ist der Schuldner der Gerichtskasse gemäß § 79 Ziff. 4 GKG. als Zweitschuldner verhaftet (vgl. Baumbach, „RKostG.", 7. Aufl., Anm. 5 zu § 79 GKG.). Diese Forderung kann die Gerichtskasse als Vollstreckungsbehörde, die wegen Durchsetzung ihrer Forderung nicht auf § 788 ZPO. angewiesen ist (vgl. Falkmann-Hubernagel, „Zwangsvollstr.", Anm. 9 zu § 788), nach §§ 1 ff., 11 JustBeitrO. v. 11. März 1937 (RGBl. I, 298) im Wege des Verwaltungszwangsverfahrens vom Schuldner beitreiben, indem sie z. B. ihrerseits einen Pfändungs- und Überweisungsbeschluß ausbringt. Daß der Beitreibungsform nicht durch Einfügung eines Zahlungsvermerks in den von dem Gläubiger, der für sich allein das Zwangsvollstreckungsverfahren betreibt und der nur seine Forderung, nicht aber diejenige der Gerichtskasse beitreiben kann und will, erwirkten Pfändungs- und Überweisungsbeschluß genügt wird, liegt, wie das LG. Naumburg a. a. O. zutreffend ausführt, auf der Hand. Die Aufhebung des unstatthaften Vermerks kann deshalb mittels Erinnerung nach § 766 ZPO. herbeigeführt werden. Die Erinnerung steht sowohl dem Schuldner wie dem Drittschuldner (vgl. Jonas a. a. O., Anm. II, 5 zu § 850) zu. Sie kann dort, wo der Vermerk über die Zahlung nicht die vorerwähnte Beschränkung „nach Befriedigung des Gläubigers" usw. zeigt, auch vom Gläubiger erhoben werden, weil ihm in diesem Falle eine Rechtsverkürzung droht, weil er also beschwert ist, da die Anordnung des mehrgenannten Vermerks zur Folge haben würde oder könnte, daß aus der gepfändeten Forderung zunächst die Gerichtskasse wegen ihrer Kosten vor dem Gläubiger befriedigt werden würde (§ 367 BGB.). Diese Gefahr wird, wie das LG. Stuttgart a. a. O. mit Recht bemerkt, nicht beseitigt durch die ständige Praxis der Gerichtskassen, die Gerichtskosten erst nach Tilgung des Hauptanspruchs anzufordern. Wäre doch die Gerichtskasse nicht gehindert, unter Abweichung von der erwähnten Praxis von ihrem gesetzlichen Recht aus § 367 BGB. Gebrauch zu machen.

B.

Von Rechtsanwalt Dr. Carl Sieveking, Hamburg-Altona

Schumacher behandelt zwei Fragen:

1. die Erstreckung der Pfändungsvergünstigung der §§ 850 ff. ZPO. auf die Kosten,
2. die Zulässigkeit eines Vermerks einer Pfändung der Kosten zugunsten der Gerichtskasse.

Die erste Frage hält Schumacher für praktisch minderwichtig, weil die Gläubiger meist im Armenrecht vorgingen. Sie ist aber von Bedeutung für die vielen Fälle, in denen nicht im Armenrecht vollstreckt wird. Außerdem kommt es auch bei Armensachen oft vor, z. B. bei Unterhaltsforderungen im Zusammenhang mit Ehescheidungen, daß ein Anwalt mit der Vollstreckung beauftragt wird, und schließlich gewährt das Armenrecht nur eine einstweilige Befreiung von den Gerichtskosten. Die Streitfrage ist also durchaus von praktischer Bedeutung und m. E. mit der herrschenden Meinung zu entscheiden. Eine Erstattung der Kosten beanspruchen kann der Gläubiger natürlich nur, wenn ihm diese entstanden sind. Soweit er das Armenrecht hat, kann der Gläubiger m. E. auch Zahlung der Kosten an die Gerichtskasse verlangen, da er ein Interesse hat, gegen Nachforderungen geschützt zu sein. Meist wird er allerdings an diesen Fall nicht denken und einen solchen Antrag unterlassen.

Mit der zweiten Frage hatte ich mich in der JW. 1938, 1097 beschäftigt und den Fall vom Standpunkt des Drittschuldners untersucht. Ich war zu dem Ergebnis gekommen, daß durch die Anweisung, der Drittschuldner habe die Kosten an die Gerichtskasse zu zahlen, keine Ansprüche der Gerichtskasse begründet würden. Der Pfändungsgläubiger behalte allein das Verfügungsrecht, so daß der Drittschuldner bei Verfügungen des Pfändungsgläubigers gedeckt sei und keine Zustimmung der Gerichtskasse einzuholen brauche. Schumacher geht weiter und untersucht die Zulässigkeit derartiger Vermerke überhaupt. Er kommt zu dem Ergebnis, daß der Vermerk über die Zahlung der Kosten an die Gerichtskasse unstatthaft sei und der gesetzlichen Grundlage entbehre, so daß seine Aufhebung durch Einlegung der Erinnerung erreicht werden könne. Dieser Ansicht ist zuzustimmen für den Fall, daß nicht der Gläubiger einen derartigen Antrag ausdrücklich gestellt hat. Es entsteht dann die Frage, wer an dieser Erinnerung ein Interesse hat. Dem Drittschuldner wird es regelmäßig einerlei sein, an wen er zu zahlen hat, und er wird sich nicht mit Rechtsbehelfen belasten. Der Gläubiger hat nur dann ein Interesse, wenn die Kostenforderung ihm nicht nachgeht, oder wenn er noch weitere Pfändungen laufen hat. Für den Schuldner kann die Erinnerung das Ergebnis haben, daß nunmehr die Gerichtskasse im Verwaltungszwangsverfahren die Kosten beitreibt, wodurch ihm noch höhere Kosten verursacht werden. Nur dann hat eine Erinnerung für ihn Zweck, wenn sein Verdienst unter der Pfändungsgrenze bleibt, da dann die Gerichtskasse als nicht bevorrechtigter Gläubiger keine Zugriffsmöglichkeit hat. Die eigenartigen Ergebnisse, daß die Pfändungsgrenze teils gilt, teils nicht, und die Härten, die in vielen Fällen für die meist armen Schuldner mit der Kostenzahlung verbunden sind, lassen den Wunsch Platz greifen, daß die Vollstreckungsgerichte von dieser im Gesetz nicht begründeten Praxis Abstand nehmen.

Universität Berlin

Institut für Auslandsrecht

Direktor: Prof. Dr. Ernst Heymann

Winter-Semester 1938/39

1. Einführung in den Rechtszustand Englands, Do. 10—11, publ. Aud. 222. Beginn: 3. Nov. Prof. Dr. E. Heymann.
2. Eléments du droit civil français I (Généralités, droits de famille), in französischer Sprache, Mo. 16—17, publ. Aud. 241. Beginn: 7. Nov. Rechtsanwalt Docteur en droit Georg Krauß.
3. Organisation des Pouvoirs Publics en France, in französischer Sprache, Mo. 17—18, publ. Aud. 241. Beginn: 7. Nov. Rechtsanwalt Docteur en droit Georg Krauß.
4. Einführung in Kapitel des französischen Strafrechts (10. Fortsetzung), in französischer Sprache, Fr. 15—16, pg. Aud. 256. Beginn: 11. Nov. Lektor Dr. Olivier-Henrion.
5. Rechts- und Gerichtswesen der Vereinigten Staaten, insbesondere Neuyorks, Do. 17—18, publ. Aud. 256. Beginn: 10. Nov. Counsellor at Law von Neuyork Topken.
6. Staatsrecht der Sowjet-Union, Do. 16—17, publ. Aud. 238. Beginn: 10. Nov. Lektor an der Wirtschafts-Hochschule Berlin Leontovitsch.
7. Chinesisches und Japanisches Recht, Fr. 16—17, publ. Aud. 71. Beginn: 11. Nov. Assessor Dr. Bünger.
8. Deutsche und ausländische kaufmännische Buchführung, So. 8—9, p. Aud. 72. Beginn: 5. Nov. Prof. Dr. W. Schuster, Wirtschafts-Hochschule Berlin.
9. Übungen in der kaufmännischen Kalkulation, Mi. 8—9, p. Aud. 72. Beginn: 9. Nov. Prof. Dr. W. Schuster, Wirtschafts-Hochschule Berlin.
10. Einführung in das deutsche und ausländische Bau- und Maschinenwesen, mit Exkursionen und Lichtbildern, Di. 13—14, publ. Aud. 72. Beginn: 8. Nov. Prof. Dr. Dr. Wilhelm Franz und N. N.
11. Technische Fragen zum Patent-, Muster- und Zeichenwesen Deutschlands und des Auslandes, mit Lichtbildern, Teil I, Mo. 19—21, p. Aud. 72. Beginn: 7. Nov. Patentanwalt Dr. Schack.

Wegen etwaiger sonstiger Vorlesungen und Kurse Näheres am Schwarzen Brett und Zimmer 225.

Die Entjudung der deutschen Anwaltschaft

Von Rechtsanwalt und Notar Professor Dr. Erwin Noack, Berlin

Durch die 5. VO. zum RBürgerG. v. 27. Sept. 1938 ist die Entjudung der deutschen Anwaltschaft beendet. Eine Tatsache, deren ideelle Tragweite überhaupt nicht zu überschätzen ist. Denken wir daran, daß im Jahre 1933 4500 Anwälte in Deutschland (ohne Österreich) Juden waren bei einer Gesamtzahl von rund 19 200 Anwälten! Ein Viertel der ganzen Anwaltschaft war jüdisch, und was lag näher, als daß dieses Viertel bei den typischen immer wieder in Erscheinung tretenden hervorstechenden Charaktereigenschaften dieser Rasse allmählich zum Typenvertreter der Anwaltschaft überhaupt wurde, daß dem deutschen Volksgenossen ein Rechtsanwalt nur als Jude denkbar war; und so wurden Rechtsanwalt und jüdischer Advokat identifiziert. Eine Tatsache, unter der wir heute alle noch auf das schwerste zu leiden haben.

Um so größer ist unser Dank dem Führer gegenüber, dessen Ideen die Voraussetzungen zu der uns von den jüdischen Schädlingen befreienden Tat schufen, und Dank unserem Reichsrechtsführer, der nie davon abließ, in glühend fanatischen Worten die Entfernung des letzten Juden aus dem deutschen Rechtsleben zu fordern.

Nur zwei Worte von ihm möchte ich hier zitieren:

„Der Gedanke, daß ein Jude direkt oder indirekt etwas mit dem deutschen Rechtsleben zu tun haben sollte, ist für uns Nationalsozialisten absolut unerträglich. Es muß daher auch hier mit aller Macht zum Ausdruck gebracht werden, daß wir den Zeitpunkt, an dem der letzte Jude aus der deutschen Rechtsarbeit beseitigt sein wird, kaum erwarten können." (Rede des Reichsrechtsführers Reichsministers Dr. Frank auf der Tagung des Reichsrechtsamtes der NSDAP. und des NSRB. anläßlich des Reichsparteitages 1935.)

„Nationalsozialistische Gesetze können niemals durch einen jüdischen Richter oder jüdischen Rechtsanwalt richtig angewandt werden. Es wird daher unser unverrückbares Ziel bleiben, den Juden im Laufe der Zeit aus der Rechtspflege immer mehr auszuschalten." (Rede des Reichsleiters, Reichsministers Dr. Frank, vor dem Kongreß der NSDAP. am 14. Sept. 1935. — Die Neugestaltung des deutschen Rechts.)

Das Ziel ist erreicht, der letzte Jude wird aus dem deutschen Rechtsleben verschwinden. Wir werden wieder eine wirkliche deutsche Rechtsanwaltschaft haben.

Zwei Berufe waren und sind es vor allem, in die der Jude mit allen Fasern seines Seele und Kultur zerstörenden Charakters bei allen Gastvölkern immer wieder einzudringen versucht und auch eindringt: Der Beruf des Arztes und des Rechtsanwalts. Es lohnt sich schon, einmal zu untersuchen, warum der Jude gerade diese beiden Berufe bevorzugt. Der Beruf des Arztes und des Rechtsanwalts haben eins gemeinsam: Es sind Vertrauensberufe im wahrsten Sinne des Wortes. Der Kranke, der zum Arzt kommt, sieht in ihm seine letzte Rettung, seinen Helfer. Der durch Krankheit Erschütterte braucht und sucht auch geistige Anlehnung und erwartet sie von dem, der ihm in seiner Not helfen soll. Ihm gegenüber ist er am aufgeschlossensten, und dadurch dringt der Arzt in das Innenleben, in das Seelenleben seiner Patienten ein.

Ist es denn anders beim Rechtsanwalt?

Zu ihm kommen jene, die da meinen, daß man ihnen ihr Recht genommen, daß sie entrechtet seien. Sie kommen hilfesuchend, sie brauchen in ihrem Kampf um das Recht, in dem sie sich allein zu schwach fühlen, die Hilfe, die Unterstützung, die Stärke ihres Anwalts. Von ihm erhoffen sie Rettung, an ihn lehnen sie sich an, ihm erschließen sie bereitwilligst ihr Inneres. Das hatte der Jude erkannt. Aus der Vertrauensstellung eines Arztes, eines Anwalts heraus versuchte er in das Seelenleben seines Gastvolkes einzudringen, um dort destruktiv entartend zu wirken und um so das Gastvolk immer bereiter zu machen zur Aufnahme der jüdischen Unkultur, des jüdischen Giftparasiten. So wird es uns verständlich, daß am 7. April 1933 von 19 200 Anwälten rund 4500 Juden waren.

Die erste Maßnahme für ein Zurückdämmen des Judentums in der Anwaltschaft war das Gesetz über die Zulassung zur Rechtsanwaltschaft v. 7. April 1933 (RGBl. I, 188). Der § 1 des Gesetzes gestattete die Rücknahme der Zulassung von nichtarischen Rechtsanwälten, soweit sie nicht Frontkämpfer oder bereits seit dem 1. Aug. 1914 zugelassen waren.

Diese Rücknahme der Zulassung konnte aber nur bis zum 30. Sept. 1933 erfolgen.

Der Erfolg dieser Maßnahme war, daß bis Ende 1933 1500 nichtarische Anwälte ausschieden, es verblieben aber immer noch rund 2900 Juden in der Anwaltschaft.

Ein Wiederansteigen der jüdischen Anwaltschaft war durch § 2 des genannten Gesetzes unmöglich gemacht, der bestimmte:

„Die Zulassung zur Rechtsanwaltschaft kann Personen, die i. S. des Gesetzes zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums v. 7. April 1933 (RGBl. I, 175) nichtarischer Abstammung sind, versagt werden, auch wenn die in der RAO. hierfür vorgesehenen Gründe nicht vorliegen. Das gleiche gilt von der Zulassung eines der im § 1 Abs. 2 bezeichneten Rechtsanwälte bei einem anderen Gericht."

Diese Bestimmung verlor jedoch dadurch an Bedeutung, daß der Anwaltsnachwuchs, der durch den Vorbereitungsdienst des Dritten Reiches gegangen ist, sowieso durchweg die Voraussetzungen der Berufung in das Reichsbeamtenverhältnis erfüllen muß, so daß ein erneutes Eindringen von Nichtariern durch neue Zulassung unmöglich gemacht ist.

Bestehen blieb jedoch das Problem der noch in der Anwaltschaft befindlichen jüdischen Frontkämpfer und jüdischen Altanwälte. Die Weiterentwicklung verlief so, daß am 1. Jan. 1938 von einer Gesamtanwaltszahl von 17360 immer noch 1753 Juden waren. 10% der deutschen Anwaltschaft waren Juden! Jeder 10. Rechtsanwalt ein Jude!

Für diese Tatsache gab es nur eine Bezeichnung: Unertragbar! Und daher ist die 5. VO. zum RBürgerG. für das deutsche Volk, aber auch für uns im besonderen eine Erlösung. Eine Erlösung, die durch den Anschluß Österreichs an das Reich mit erzwungen wurde, was sich ohne weiteres daraus ergibt, daß in Wien 1750 jüdischen Anwälten nur 450 arische gegenüberstanden.

Die Rechtslage ist folgende:

Alle Juden werden aus der Anwaltschaft entfernt, sowohl im alten Reichsgebiet als auch im Lande Österreich.

Im alten Reichsgebiet wird die Zulassung jüdischer Rechtsanwälte bis zum 30. Nov. 1938 zurückgenommen. Im Lande Österreich werden jüdische Rechtsanwälte bis zum 31. Dez. 1938 in der Liste der Rechtsanwälte gelöscht; es kann jedoch die Löschung zu einem späteren Zeitpunkt bei solchen Juden erfolgen, die Frontkämpfer waren und deren Familie seit mindestens 50 Jahren in Österreich ansässig ist.

Allen ausscheidenden jüdischen Anwälten ist die Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten untersagt. Ist so der deutsche Anwaltstand von jüdischen Elementen gereinigt, so mußte umgekehrt dafür gesorgt werden, daß Juden, die vor deutschen Gerichten Recht suchen, eine ihrer Rasse entsprechende Vertretung gestellt wird. Man kann es einmal einem deutschen Rechtsanwalt nicht zumuten, für einen Juden tätig zu werden, er würde sich standesrechtlich vergehen, und auch ein Disziplinarverfahren vom NSRB. zu erwarten haben — zum anderen ist es ein Gebot der Billigkeit, daß der Jude bei der Wahrnehmung seiner Rechte sich eines Rassegenossen bedienen darf, der ja allein sein Vertrauen haben kann. Daher werden gem. § 8 der VO. jüdische Konsulenten nach Bedarf zugelassen auf Widerruf, und zwar möglichst aus der Zahl der aus der Rechtsanwaltschaft ausscheidenden Juden unter besonderer Berücksichtigung der Frontteilnehmer. Der jüdische Konsulent bekommt einen bestimmten Ort zur Niederlassung zugewiesen und kann in dem von der Justizverwaltung bestimmten Bezirk vor allen Gerichten und Verwaltungsbehörden auftreten. Für sie gilt also nicht der Grundsatz der Lokalisierung.

Der jüdische Konsulent darf unter gar keinen Umständen als Rechtswahrer oder auch nur als anwaltsähnliche Institution angesprochen werden. Er ist weiter nichts als ein Interessenvertreter für eine jüdische Partei. Recht wahren können nur die Richter und Rechtsanwälte als gerichtliche Organe.

Von ihren Auftraggebern erheben die jüdischen Konsulenten Gebühren und Auslagen nach Maßgabe der für die Rechtsanwälte geltenden Bestimmungen. (Vgl. hierzu die unten abgedr. AV. d. RJM. v. 13. Okt. 1938.)

Die vom Gesetzgeber gewählte Lösung ist ein würdiger weltanschaulich bedingter Ausgleich. Dem deutschen Volksgenossen der deutsche Rechtswahrer! Dem Juden der jüdische Konsulent!

Mit Stolz kann der deutsche Anwalt sich wieder Rechtsanwalt nennen!

Er ist der art- und rassegleiche Fürsprech seiner deutschen Volksgenossen geworden. Möge er sich seiner hohen Verpflichtung dem ganzen deutschen Volke gegenüber allzeit bewußt bleiben! Als ein echtes Organ der Rechtspflege übt auch er — wie Richter und Staatsanwalt — hoheitsrechtliche Funktionen aus.

Und wenn daher der Reichsrechtsführer in Erkenntnis dieser Tatsache auch uns das Tragen des Hoheitszeichens erwirken will, so können wir nur eins: ihm dankbar sein!

Durchführungsbestimmungen zu §§ 5 und 14 der 5. Verordnung zum Reichsbürgergesetz (Ausgleichsstelle; Vergütung der jüdischen Konsulenten; Unterhaltszuschüsse für die aus der Anwaltschaft ausgeschiedenen Juden)

AV. d. RJM. v. 13. Oktober 1938 (3170 — IV b³ 1587). — DJ. 1938, 1665

Auf Grund des § 14 Abs. 4 und des § 19 der 5. VO. zum ReichsbürgerG. v. 27. Sept. 1938 (RGBl. I, 1403) wird im Einvernehmen mit dem RFM. folgendes bestimmt:

I.

Ausgleichsstelle

Die Aufgaben der Ausgleichsstelle (§ 14 Abs. 1 der 5. VO. zum ReichsbürgerG.) nimmt die Reichs-Rechtsanwaltskammer wahr. Sie verwaltet die der Ausgleichsstelle zufließenden Beträge als Sondervermögen.

II.

Vergütung der jüdischen Konsulenten

1. Von den Einnahmen aus ihrer Berufstätigkeit verbleiben den jüdischen Konsulenten

a) die Auslagen (einschließlich der Schreibgebühren) im Sinne der Kostengesetze,

b) ein von dem Präsidenten Rechtsanwaltskammer festzusetzender Pauschalbetrag als Entschädigung für Kanzleiunkosten,

c) von den darüber hinaus erzielten monatlichen Einnahmen an Gebühren (einschließlich einer vereinbarten Sondervergütung)

für Beträge bis zu 300 *RM*	90%
für Beträge von 300—500 *RM*	70%
für Beträge von 500—1000 *RM*	50%
und für Beträge über 1000 *RM*	30%

Teilzahlungen eines Gebührenschuldners werden zunächst auf die Auslagen (einschließlich der Schreibgebühren) sowie auf etwaige Beitreibungskosten verrechnet.

Ansprüche auf Vergütung, die vor der Zulassung zur Konsulententätigkeit entstanden sind, stehen in voller Höhe den jüdischen Konsulenten zu.

2. Die überschießenden Beträge sind an die Ausgleichsstelle abzuführen. Die jüdischen Konsulenten haben der Ausgleichsstelle binnen 10 Tagen nach Ablauf jedes Kalendermonats eine Abrechnung vorzulegen und den daraus sich ergebenden Betrag zu zahlen.

3. Scheidet ein jüdischer Konsulent aus seinem Beruf aus, so werden die noch ausstehenden Kostenforderungen durch einen von der Ausgleichsstelle zu bestimmenden jüdischen Konsulenten in eigenem Namen, jedoch für Rechnung der Ausgleichsstelle eingezogen. Die zur Einziehung erforderlichen Unterlagen — Handakten, Bücher usw. — erhält der beauftragte jüdische Konsulent durch Vermittlung des LGPräs. (Abschnitt III Buchst. l der AV. über Angelegenheiten der jüdischen Konsulenten v. 17. Okt. 1938: DJ. S. 1666). Aus den eingehenden Beträgen zahlt die Ausgleichsstelle dem ausgeschiedenen jüdischen Konsulenten oder seinen Rechtsnachfolgern die diesen nach Ziff. 1 zustehende Vergütung.

4. Die jüdischen Konsulenten haben — neben dem Register und den Handakten (Abschnitt III Buchst. j, k der AV. über Angelegenheiten der jüdischen Konsulenten) — über die ihnen zustehenden und gezahlten Vergütungen sowie über die

Einnahme und Verwendung fremder Gelder gesondert Buch zu führen.

5. Die Ausgleichsstelle kann Vergütungen, die ein jüdischer Konsulent nicht rechtzeitig an sie abführt, auf Grund einer von dem Präsidenten der Reichs-Rechtsanwaltskammer ausgestellten, mit der Bescheinigung der Vollstreckbarkeit versehenen Zahlungsaufforderung nach den Vorschriften über die Vollstreckung von Urteilen in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten beitreiben.

Über Einwendungen gegen die Zahlungsaufforderung entscheidet der Präsident des OLG., in dessen Bezirk der jüdische Konsulent sich niedergelassen hat, endgültig.

6. Die Ausgleichsstelle kann mit Genehmigung des RJM. nähere Bestimmungen über die Buchführung der jüdischen Konsulenten sowie über die Abrechnung und die Art der Zahlung der abzuführenden Vergütungen treffen.

III.

Unterhaltszuschüsse

1. Gesuche um Gewährung von Unterhaltszuschüssen nach § 5 der 5. VO. zum ReichsbürgerG. sind bei dem Präsidenten der Rechtsanwaltskammer einzureichen, welcher der Gesuchsteller als Rechtsanwalt zuletzt angehört hatte. Der Gesuchsteller hat in dem Antrag seine wirtschaftlichen Verhältnisse eingehend darzulegen.

Der Präsident der Rechtsanwaltskammer prüft die Bedürftigkeit und Würdigkeit des Gesuchstellers und berichtet sodann der Ausgleichsstelle nach Anhörung des LGPräs. und der Kreispolizeibehörde unter Beifügung der vorhandenen Unterlagen. Ist der Gesuchsteller auf Grund der 1. VO. zum ReichsbürgerG. v. 14. Nov. 1935 (RGBl. I, 1333) aus dem Amte eines Notars ausgeschieden, so ist das Gesuch zunächst dem LGPräs. zur Stellungnahme und zur Prüfung vorzulegen, ob wegen des Ausscheidens des Gesuchstellers aus der Rechtsanwaltschaft etwa eine Änderung der Entscheidung über die Gewährung eines Unterhaltszuschusses nach § 2 der 2. VO. zum ReichsbürgerG. v. 21. Dez. 1935 (RGBl. I, 1524) in Betracht kommt.

Die Ausgleichsstelle entscheidet über die Gewährung eines Unterhaltszuschusses endgültig.

2. Unterhaltszuschüsse können bis zum Höchstbetrage von

200 RM monatlich bei ledigen Gesuchstellern,
250 RM monatlich bei verheirateten, verwitweten oder geschiedenen Gesuchstellern

gewährt werden.

3. Neben den Unterhaltszuschüssen können für jedes Kind bis zum Ablauf des Monats, in dem es das 16. Lebensjahr vollendet, 10 RM monatlich bewilligt werden.

4. Bezieht der Gesuchsteller noch andere Einkünfte im Sinne des § 2 Abs. 3 und 4 EinkStG. v. 6. Febr. 1938 (RGBl. I, 121), so wird der Unterhaltsbeitrag nur soweit gewährt, daß der monatliche Gesamtbetrag der Einkünfte (nach Ausgleich mit Verlusten, die sich aus einzelnen Einkunftsarten ergeben), bei Ledigen den Betrag von 200 RM und bei Verheirateten, Verwitweten oder Geschiedenen den Betrag von 250 RM nicht übersteigt. Jedoch bleiben Versorgungsgebührnisse, die dem Gesuchsteller auf Grund des RVersorgG. gewährt werden, bei dieser Anrechnung außer Betracht.

Erhält der Gesuchsteller als früherer Notar Unterhaltszuschüsse nach § 2 der 2. VO. zum ReichsbürgerG., so dürfen die nach dieser AV. zu gewährenden Beträge unter Einrechnung jener Unterhaltszuschüsse die in dieser AV. bestimmten Höchstsätze nicht übersteigen.

5. Stirbt ein früherer Rechtsanwalt während des Bezuges eines Unterhaltszuschusses, so kann seiner Witwe oder seinen ehelichen Abkömmlingen der Zuschuß für den auf den Sterbemonat folgenden Kalendermonat weitergewährt werden.

6. In dem Bescheid, durch den ein Unterhaltszuschuß bewilligt wird, ist der Gesuchsteller darauf hinzuweisen, daß er jede Änderung in seinen persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen unverzüglich der Ausgleichsstelle anzuzeigen hat und daß die Bewilligung des Zuschusses jederzeit widerrufen werden kann.

Angelegenheiten der jüdischen Konsulenten

AV. d. RJM. v. 17. Oktober 1938 (3830/3 — Ia⁷ 1458). — DJ. 1938, 1666

Für die Angelegenheiten der jüdischen Konsulenten gelten folgende Richtlinien:

I. Allgemeines

1. Als jüdischer Konsulent wird grundsätzlich nur zugelassen, wer auf Grund des § 1 der 5. VO. zum ReichsbürgerG. v. 27. Sept. 1938 (RGBl. I, 1403) aus der Rechtsanwaltschaft ausgeschieden ist. Gesuchsteller, die als Frontkämpfer eine schwere Kriegsbeschädigung erlitten haben, werden bei der Auswahl in erster Linie berücksichtigt.

2. Die Orte, an denen ein jüdischer Konsulent zugelassen werden kann, werden in der Regel öffentlich bekanntgemacht. Die erstmalige Bekanntmachung erfolgt in der „Deutschen Justiz".

II. Zulassung als jüdischer Konsulent

1. Gesuche um Zulassung als jüdischer Konsulent sind tunlichst bald, in aller Regel jedoch nicht später als vier Wochen seit der Bekanntmachung einzureichen.

2. Wer um die Zulassung als jüdischer Konsulent wahlweise an mehreren Orten nachsucht, hat für jeden Ort ein besonderes Gesuch einzureichen. Auf den Inhalt eines anderen Gesuches darf hierin nicht verwiesen werden; jedoch hat der Gesuchsteller anzugeben, welchem der Gesuche er den Vorrang gibt.

3. Das Gesuch um Zulassung als jüdischer Konsulent ist bei dem Präsidenten desjenigen OLG. einzureichen, in dessen Bezirk der Ort der künftigen Niederlassung liegt.

4. Das Gesuch ist in zweifacher Ausfertigung einzureichen und muß enthalten:

a) Vor- und Zuname, Kennort und Kennummer der Kennkarte und die Anschrift des Gesuchstellers;
b) die Bezeichnung des Ortes der künftigen Niederlassung;
c) eine vollständige Darlegung der Familien- und Vermögensverhältnisse des Gesuchstellers sowie seiner politischen Haltung, insbesondere darüber, ob er sich kommunistisch, marxistisch, separatistisch oder freimaurerisch betätigt hat;
d) eine Erklärung darüber, ob er als Frontkämpfer im Sinne des § 6 der 5. VO. zum ReichsbürgerG. anzusehen ist, ob er Kriegsbeschädigungen erlitten hat und ob er Kriegsauszeichnungen erhalten hat;
e) eine Erklärung darüber, ob der Gesuchsteller Strafen, Dienststrafen oder ehrengerichtliche Strafen erlitten hat, ob ihm schriftliche Mißbilligungen od. dgl. erteilt sind oder ob er in der Verfügung über sein Vermögen durch gerichtliche Anordnung beschränkt ist;
f) gegebenenfalls die Angabe, bei welchen Gerichten der Gesuchsteller bis zum 30. Nov. 1938 als Rechtsanwalt zugelassen war.

5. Dem Antrag sind als Anlagen in zweifacher Ausfertigung beizufügen:

a) Lichtbild in der Größe 6×4 cm, das den Gesuchsteller in bürgerlicher Kleidung ohne Kopfbedeckung darstellt und auf der Vorder- und Rückseite mit einem Vermerk über die Zeit der Aufnahme und seiner eigenhändigen Unterschrift versehen sein muß;
b) eine Erklärung des Gesuchstellers über seinen Personenstand und seine Abstammung, gegebenenfalls auch den Personenstand und die Abstammung seiner Ehefrau, und

seine politische Haltung nach dem für derartige Angaben im Bereich der Reichsjustizverwaltung eingeführten Muster;

c) ein eigenhändig geschriebener Lebenslauf; hierbei ist auf etwaige Sonderkenntnisse und Betätigung auf besonderen Gebieten (z. B. Vermögensverwaltung, Geschäftsübertragungen, Auswanderungswesen, Strafsachen) hinzuweisen;

d) eine Abschrift der dem Gesuchsteller nach der 3. Bek. über den Kennkartenzwang v. 23. Juli 1938 (RGBl. I, 922) erteilten Kennkarte;

e) gegebenenfalls Belege über seine Frontkämpfereigenschaft, schwere Kriegsbeschädigungen und die ihm verliehenen Kriegsauszeichnungen.

Etwaige weitere Anlagen sind gleichfalls doppelt einzureichen.

6. Ferner hat der Gesuchsteller die zum Nachweis seiner Abstammung im Bereich der Reichsjustizverwaltung erforderlichen Belege vorzulegen; dies gilt nicht für Gesuchsteller, welche diese Belege schon früher vorgelegt haben oder die auf Grund des § 1 der 5. VO. zum ReichsbürgerG. aus der Rechtsanwaltschaft ausgeschieden sind. Der OLGPräs. stellt das Ergebnis der Prüfung dieser Belege alsbald schriftlich fest und gibt sie dem Gesuchsteller zurück.

7. Der OLGPräs. hat die Angaben des Antrages zu prüfen. Er ist ermächtigt, Gesuche ohne nähere Prüfung zurückzuweisen,

a) wenn sie von Personen ausgehen, die nicht auf Grund des § 1 der 5. VO. zum ReichsbürgerG. aus der Rechtsanwaltschaft ausgeschieden sind,

b) wenn sie auf Orte gerichtet sind, in denen die Niederlassung eines jüdischen Konsulenten nicht in Aussicht genommen ist, soweit nicht der OLGPräs. ausnahmsweise die Vorlegung für erforderlich erachtet;

c) wenn sie allgemein gehalten oder verspätet eingereicht sind oder erforderlichenfalls nicht vervollständigt werden.

Hinsichtlich der unter a genannten Gesuche gilt dies nur, wenn auch Bewerbungsgesuche von auf Grund des § 1 der 5. VO. zum ReichsbürgerG. ausgeschiedenen Rechtsanwälten vorliegen.

8. Der OLGPräs. hat den Präsidenten der Rechtsanwaltskammer und die für den Wohnort des Gesuchstellers zuständige Staatspolizeistelle über die Person des Gesuchstellers zu hören. Bei Gesuchstellern, die auf Grund des § 1 der 5. VO. zum ReichsbürgerG. aus der Rechtsanwaltschaft ausgeschieden sind, holt er von den Vorständen der Gerichte, bei denen der Gesuchsteller bis zum 30. Nov. 1938 als Rechtsanwalt zugelassen war, eine Äußerung über die Berufsausübung ein; die früher über diese Personen von Stellen der Justizverwaltung geführten Personalakten zu erfordern, bleibt dem OLGPräs. anheimgestellt.

9. Nach Ablauf einer angemessenen Frist seit der Bekanntmachung, daß an einem bestimmten Ort ein jüdischer Konsulent zugelassen werden soll, erstattet der OLGPräs. mir hierüber einen Bericht. Dem Bericht sind je ein Stück der vorliegenden Gesuche und die aus ihrer Bearbeitung entstandenen Vorgänge nebst einer Personal- und Befähigungsnachweisung sowie ein Verzeichnis der Gesuchsteller in üblicher Art — getrennt nach Frontkämpfern i. S. des § 6 der 5. VO. zum ReichsbürgerG. und anderen Personen — beizufügen. Der Bericht hat einen Vorschlag und zwei Ersatzvorschläge für die von mir zu treffende Entscheidung zu enthalten.

10. Die Entscheidung wird den Gesuchstellern durch den OLGPräs. bekanntgemacht.

11. Für die Zulassung wird eine Gebühr von 20 *RM* erhoben. Die sonstigen Entscheidungen ergehen gebührenfrei; eine Erstattung von Auslagen findet nicht statt.

12. Die Zulassung eines jüdischen Konsulenten hat der OLGPräs. mitzuteilen:

a) dem Gauleiter der NSDAP.;

b) dem Präsidenten der Rechtsanwaltskammer;

c) der Staatspolizeistelle;

d) denjenigen LGPräs. seines Bezirks, zu deren Bereich der dem jüdischen Konsulenten zugewiesene Bezirk ganz oder teilweise gehört;

e) gegebenenfalls denjenigen OLGPräs., in deren Bereich sich der dem jüdischen Konsulenten nach § 11 Abs. 2 der 5. VO. zum ReichsbürgerG. bestimmte Bezirk erstreckt; diese OLGPräs. geben ihren beteiligten LGPräs. Kenntnis.

Den unter a—e genannten Stellen hat der OLGPräs. auch die berufliche Anschrift des jüdischen Konsulenten und ihre späteren Änderungen unverzüglich bekanntzumachen.

III. Pflichten der jüdischen Konsulenten

Der jüdische Konsulent hat seinen Beruf ordnungsmäßig auszuüben. Er hat insbesondere:

a) unverzüglich nach seiner Zulassung in dem ihm für seine berufliche Niederlassung zugewiesenen Ort seine Geschäftsräume einzurichten, sie nach näherer Bestimmung des RJM. durch ein Schild zu kennzeichnen und etwaige Auflagen zur Unterhaltung von Zweigniederlassungen, auswärtigen Sprechtagen oder ähnlichen ständigen Einrichtungen an einem anderen Ort umgehend und sorgfältig zu erfüllen;

b) seine berufliche Anschrift und ihre Änderung unverzüglich dem LGPräs. anzuzeigen;

c) in Justizverwaltungssachen den vorgeschriebenen Instanzenweg einzuhalten;

d) im Rechts- und Geschäftsverkehr stets die vom RJM. zu bestimmende Berufsbezeichnung zu führen, sich des vollen Vor- und Zunamens zu bedienen (§ 3 der VO. v. 17. Aug. 1938 — RGBl. I, 1044 —) und seine Kennkarte bei sich zu führen;

e) sich vor der Übernahme der Besorgung einer Rechtsangelegenheit in geeigneter Weise, insonderheit durch Einsicht in die Kennkarte des Auftraggebers (§ 1 der Bek. über den Kennkartenzwang v. 23. Juli 1938 — RGBl. I, 929 —) oder in das Verzeichnis der jüdischen Gewerbebetriebe (§ 7 der 3. VO. zum ReichsbürgerG. vom 14. Juni 1938 — RGBl. I, 627 —) zu vergewissern, daß der Auftraggeber die Voraussetzungen des § 10 der 5. VO. zum ReichsbürgerG. erfüllt;

f) die Vorschriften in § 3 Abs. 1 und 2 der 3. Bek. über den Kennkartenzwang v. 23. Juli 1938 — RGBl. I, 929 — zu beachten und im Verkehr mit amtlichen oder parteiamtlichen Dienststellen im Falle der Vertretung eines Gewerbebetriebes die Behörde anzugeben, die diesen in das bei ihr geführte Verzeichnis der jüdischen Gewerbebetriebe eingetragen hat (§ 7 der 3. VO. zum ReichsbürgerG. v. 14. Juni 1938 — RGBl. I, 627 —);

g) weibliche Hilfskräfte deutschen oder artverwandten Blutes nur zu beschäftigen, sofern sie das 45. Lebensjahr vollendet haben;

h) rechtskundige Hilfsarbeiter mit Aufgaben irgendwelcher Art in seinem Beruf nicht ohne Genehmigung des LGPräs. zu beschäftigen;

i) eine berufsfremde Nebenbeschäftigung nicht ohne Genehmigung der Aufsichtsbehörde auszuüben;

j) ein Register zu führen, in welches er unter fortlaufender Nummer jede Rechtsangelegenheit, mit der er beruflich befaßt wird, nach dem Auftraggeber unter Angabe von dessen Kennort und der Kennummer oder der Behörde, die den Auftraggeber in das bei ihr geführte Verzeichnis der jüdischen Gewerbebetriebe eingetragen hat, und gegebenenfalls dem behördlichen Aktenzeichen einzutragen hat; der Name des Auftraggebers ist spätestens innerhalb einer Woche nach Empfang des Auftrages zu vermerken.

Die Eintragungspflicht erstreckt sich auch auf Strafverteidigungen, auf die lediglich beratende Tätigkeit und auf die Mitwirkung bei Verfahren vor Schieds- und Ausgleichsstellen, insonderheit der jüdischen Kultusvereinigungen und ihrer Verbände oder vor ähnlichen Einrichtungen.

Den zur Durchführung des § 14 der 5. VO. zum ReichsbürgerG. ergehenden Anordnungen der Aufsichtsbehörde oder der Ausgleichsstelle hat er sorgfältig nachzukommen;

k) alle sich auf einzelne Rechtsangelegenheiten beziehenden Schriftstücke — unbeschadet der Rechte der Auftraggeber — 5 Jahre lang geordnet aufzubewahren;

l) im Zeitpunkt der Aufgabe seines Berufes oder des Widerrufs seiner Zulassung das Register und die unter k genannten Schriftstücke auf Ansuchen dem LGPräs. oder der von diesem zu bestimmenden Stelle einzureichen. Ist der jüdische Konsulent verstorben oder aus einem sonstigen Grunde zur Vorlegung dieses Schriftgutes außerstande, so trifft die Pflicht zur Herausgabe jeden, der dieses Schriftgut ganz oder teilweise in Gewahrsam hat.

IV. Aufsicht

1. Der jüdische Konsulent wird alsbald nach seiner Zulassung durch den LGPräs. oder einen von ihm beauftragten richterlichen Beamten mündlich auf seine Pflichten hingewiesen. Zugleich ist er über seine sachliche und örtliche Zuständigkeit zu belehren, insbesondere darüber, daß — unbeschadet kostenrechtlicher Folgen — seine Befugnis zum Auftreten vor den Gerichten und Behörden, die den in seinem Bezirk gelegenen Gerichten und Behörden übergeordnet sind, nicht auf Verfahren beschränkt ist, die vor den in seinem Bezirk gelegenen Gerichten und Behörden in erster Instanz anhängig geworden sind. Über diese Verhandlung ist eine Niederschrift aufzunehmen; je eine Abschrift dieser Niederschrift ist dem OLGPräs. und — über das Rechnungsamt des OLG. — der Kalkulatur des Reichsjustizministeriums zu übersenden.

2. Der jüdische Konsulent untersteht der Aufsicht des LGPräs., in dessen Bezirk er seine berufliche Niederlassung hat. Der jüdische Konsulent ist verpflichtet, der Aufsichtsbehörde und den von ihr beauftragten Beamten das Register der von ihm besorgten Rechtsangelegenheiten und alle sonstigen Akten und Bücher zur Einsicht vorzulegen.

Die Aufsichtsbehörde ist befugt, die ordnungswidrige Ausführung eines Berufsgeschäfts zu rügen und den jüdischen Konsulenten zur sachgemäßen Erledigung zu ermahnen sowie ihm bei Pflichtverletzungen ihre Mißbilligung auszusprechen; die Ausübung dieser Befugnisse kann nur auf richterliche Beamte übertragen werden.

3. Der LGPräs. entscheidet über Gesuche des jüdischen Konsulenten:

a) ihm die Übernahme einer berufsfremden Nebenbeschäftigung zu gestatten, soweit es sich nicht um die ständige Ausübung eines Gewerbebetriebes handelt; die Genehmigung ist zu versagen, wenn die Nebenbeschäftigung für einen jüdischen Konsulenten nicht angemessen ist oder wenn sie den Umständen nach seine Arbeitskraft übermäßig in Anspruch nimmt;

b) ihm die Beschäftigung einer rechtskundigen Person zu gestatten. Die Beschäftigung eines solchen Hilfsarbeiters darf nur aus Anlaß eines vorübergehenden Bedürfnisses genehmigt werden. Die Genehmigung ist insbesondere zu versagen:

aa) wenn der Hilfsarbeiter deutschen oder artverwandten Blutes ist;

bb) wenn die Beschäftigung länger als sechs Monate innerhalb eines Kalenderjahres dauern soll;

cc) wenn der jüdische Konsulent bereits eine rechtskundige Person beschäftigt.

4. Der OLGPräs. entscheidet:

a) über Gesuche des jüdischen Konsulenten, ihm die ständige Ausübung eines Gewerbebetriebes zu gestatten;

b) über Anträge des jüdischen Konsulenten, ihm — ohne Wechsel seines Niederlassungsortes — innerhalb des Oberlandesgerichtsbezirks einen anderen Bezirk i. S. des § 11 Abs. 2 a. a. O. zuzuweisen oder ihm innerhalb des Oberlandesgerichtsbezirks die Unterhaltung von Zweigniederlassungen, auswärtigen Sprechtagen oder ähnlichen ständigen Einrichtungen an einem anderen Ort zu gestatten;

c) über Beschwerden gegen die Verfügungen des LGPräs., durch die der LGPräs. eine Beschwerde über einen jüdischen Konsulenten beschieden hat; die Entscheidung des OLGPräs. über Beschwerden von Auftraggebern des jüdischen Konsulenten ist endgültig.

5. Der OLGPräs. hat die berufliche Anschrift des jüdischen Konsulenten und deren Veränderung unverzüglich den in Abschn. II Ziff. 12 benannten Stellen mitzuteilen.

6. Der OLGPräs. hat meine Entscheidung einzuholen:

a) über Gesuche eines jüdischen Konsulenten, ihm für seine berufliche Niederlassung einen anderen Ort zuzuweisen;

b) über Gesuche eines jüdischen Konsulenten, ihm einen anderen Bezirk i. S. des § 11 Abs. 2 a. a. O. zuzuteilen oder ihm die Unterhaltung von Zweigniederlassungen, auswärtigen Sprechtagen oder ähnlichen ständigen Einrichtungen an einem anderen Ort zu gestatten, sofern sich die erbetene Veränderung auf den Bezirk eines anderen OLG. erstreckt. Dem Bericht hierüber ist eine Äußerung des beteiligten OLGPräs. beizufügen.

V. Unterbrechung der Berufsausübung und Vertretung des jüdischen Konsulenten

1. Beabsichtigt der jüdische Konsulent, sich länger als eine Woche der Ausübung seines Berufes zu enthalten oder länger als eine Woche den Ort seiner beruflichen Niederlassung zu verlassen, so hat er dies, sofern ihm ein Vertreter nicht bestellt ist, unverzüglich dem LGPräs. anzuzeigen. In gleicher Weise hat er die Wiederaufnahme seiner Berufsausübung und die Rückkehr an den Ort seiner beruflichen Niederlassung anzuzeigen.

Enthält sich der jüdische Konsulent, dem ein Vertreter nicht bestellt ist, länger als einen Monat der Berufsausübung oder bleibt er länger als einen Monat dem Ort seiner beruflichen Niederlassung fern, so berichtet der LGPräs. hierüber dem OLGPräs.

2. Ist der jüdische Konsulent an der persönlichen Berufsausübung allgemein verhindert, so hat er die Bestellung eines Vertreters zu beantragen.

Als Stellvertreter eines jüdischen Konsulenten geeignet ist außer einem jüdischen Konsulenten ein Jude, der nach den Vorschriften dieser AV. als jüdischer Konsulent zugelassen werden könnte. Ist der Vertreter noch nicht als jüdischer Konsulent zugelassen, so setzt die Bestellung zum Vertreter voraus, daß er für diese Zeit als jüdischer Konsulent zugelassen wird.

3. Ist der jüdische Konsulent an der Besorgung einer einzelnen Angelegenheit aus einem in der Person des Auftraggebers liegenden oder einem ähnlichen Grunde verhindert und kommt an seiner Stelle ein anderer jüdischer Konsulent des Bezirks nicht in Betracht, so kann ein im benachbarten Bezirk zugelassener jüdischer Konsulent für diese Angelegenheit als Konsulent auf Zeit gleichzeitig am Niederlassungsort des verhinderten Konsulenten zugelassen werden.

4. Das Gesuch des jüdischen Konsulenten um Bestellung eines Stellvertreters ist bei dem LGPräs. einzureichen; die Zustimmungserklärung des als Vertreter in Aussicht genommenen Juden ist beizufügen. Der LGPräs. legt das Gesuch mit seiner Stellungnahme dem OLGPräs. vor.

Der OLGPräs. ist ermächtigt,

a) auf Antrag einem jüdischen Konsulenten für die Dauer seiner Verhinderung an der Berufsausübung

aa) einen anderen jüdischen Konsulenten aus dem Oberlandesgerichtsbezirk bis zur Höchstdauer eines Jahres zum Vertreter zu bestellen;

bb) einen anderen nach Ziff. 2 geeigneten Juden zum Vertreter zu bestellen, sofern die Vertretung die Dauer von 3 Monaten nicht übersteigt. Ein solcher

Vertreter ist auf die — kalendermäßig zu bestimmende — Dauer der Vertretung als jüdischer Konsulent zugelassen; zuvor ist der Präsident der Rechtsanwaltskammer und die Staatspolizeistelle über die Person des Vertreters zu hören; der Anhörung dieser Stellen bedarf es nicht, wenn sie sich zu der Person des Vertreters bereits innerhalb des letzten Jahres geäußert haben.

b) auf Antrag nach Maßgabe der Ziff. 3 einen jüdischen Konsulenten auf Zeit zuzulassen.

Im übrigen ist meine Entscheidung einzuholen.

5. Für die Bestellung eines Vertreters wird, sofern er zugleich auf Zeit als jüdischer Konsulent zuzulassen ist, eine Gebühr von 5 *RM* erhoben. Die Vertreterbestellung in sonstigen Fällen ist gebührenfrei. Die Erstattung von Auslagen findet nicht statt.

6. Während der Dauer der Vertretung (Ziff. 2) hat sich der jüdische Konsulent der persönlichen Ausübung seines Berufes zu enthalten. Will er seine Berufsgeschäfte vorzeitig wieder übernehmen, so hat er um den Widerruf der Bestellung seines Vertreters nachzusuchen.

Der OLGPräs. ist in jedem Falle zum Widerruf der Bestellung eines Vertreters und einer befristeten Zulassung als jüdischer Konsulent ermächtigt.

VI. Beendigung der Berufsausübung

1. Der jüdische Konsulent kann seinen Beruf jederzeit durch eine schriftliche Erklärung gegenüber dem LGPräs. aufgeben. Die Aufgabe des Berufes wird regelmäßig mit dem Tage des Eingangs bei dem LGPräs. wirksam. Hat jedoch der jüdische Konsulent in seiner Erklärung einen bestimmten Zeitpunkt für die Aufgabe seines Berufes angegeben und ist dieser bei Eingang der Erklärung noch nicht eingetreten, dann wird die Berufsaufgabe erst zu dem späteren Zeitpunkt wirksam. Der LGPräs. zeigt den Zeitpunkt der Berufsaufgabe dem OLGPräs. an, der ihn mir und den in Abschn. II Ziff. 12 genannten Stellen mitteilt. Der OLGPräs. berichtet mir, ob ein anderer jüdischer Konsulent am gleichen oder an einem anderen Ort zuzulassen ist.

2. Kommen Umstände zur Kenntnis des LGPräs., die einen Widerruf der Zulassung angezeigt erscheinen lassen, so berichtet er hierüber nach Prüfung des Sachverhalts dem OLGPräs. Zuvor hört er den jüdischen Konsulenten, soweit dies nicht untunlich ist. Erachtet der OLGPräs. einen Widerruf der Zulassung für geboten, so hat er mir hierüber unverzüglich zu berichten. Der Bericht muß einen bestimmten Vorschlag enthalten und auch die Frage erörtern, ob an Stelle des ausscheidenden ein anderer jüdischer Konsulent zuzulassen ist.

Hat der OLGPräs. den Widerruf der Zulassung vorgeschlagen, so kann er dem jüdischen Konsulenten vorläufig die weitere Berufsausübung untersagen. Die rechtliche Wirksamkeit von Handlungen des jüdischen Konsulenten wird hierdurch nicht berührt. Das Verbot ist mir und den in Abschn. II Ziff. 12 genannten Stellen mitzuteilen. Die Bestellung eines Stellvertreters ist von einem Antrag des jüdischen Konsulenten abhängig.

3. Im Falle des Todes eines jüdischen Konsulenten ist nach Ziff. 1 dieses Abschnitts zu verfahren.

4. Endet der Beruf des jüdischen Konsulenten, so kann der LGPräs. das in Abschn. III Buchstabe l bezeichnete Schriftgut von dem früheren jüdischen Konsulenten, seinen Erben oder den sonstigen Gewahrsamsinhabern einziehen.

VII. Sonstiges

1. Besteht Anlaß, den einem jüdischen Konsulenten für seine berufliche Niederlassung zugewiesenen Ort oder den ihm zugeteilten Bezirk von Amts wegen zu ändern oder den jüdischen Konsulenten von Amts wegen zur Unterhaltung von Zweigniederlassungen, auswärtigen Sprechtagen oder ähnlichen Einrichtungen an einem anderen Orte zu verpflichten, so berichtet mir der OLGPräs. hierüber. Dem jüdischen Konsulenten ist Gelegenheit zur Äußerung zu geben. Soll sich die Veränderung auf den Bezirk eines anderen OLG. erstrecken, so ist der Bericht im Benehmen mit dem Präsidenten dieses Bezirks zu erstatten. Entsprechendes gilt, wenn Anlaß besteht, einen weiteren jüdischen Konsulenten zuzulassen.

2. Bei der Justizverwaltung eingehende Beschwerden über einen jüdischen Konsulenten oder sonstige, zur Kenntnis der Justizverwaltung gelangende Umstände, die einen Widerruf der Zulassung eines jüdischen Konsulenten angezeigt erscheinen lassen, sind dem Präsidenten des LG. zuzuleiten, in dessen Bezirk der jüdische Konsulent seine berufliche Niederlassung hat.

3. Die Justizbehörden haben den zuständigen LGPräs. in Straf- und Zivilsachen (einschl. der Zwangsvollstreckungssachen), die einen jüdischen Konsulenten betreffen, die erforderlichen Mitteilungen zu machen.

4. Streitigkeiten zwischen einem jüdischen Konsulenten und einem früheren jüdischen Rechtsanwalt über den Ausgleich ihrer Gebühren nach § 17 Abs. 2 der 5. VO. zum ReichsbürgerG. entscheidet der Präsident des LG., in dessen Bezirk der jüdische Konsulent seine berufliche Niederlassung hat. Die auf Beschwerde ergehende Entscheidung des OLGPräs. ist endgültig.

VIII. Übergangsbestimmungen

1. Für Juden, denen eine Kennkarte noch nicht ausgestellt worden ist, genügt in den Fällen, in denen nach den Vorschriften dieser AV. der Kennort und die Kennummer anzugeben ist, die Angabe des Tages, an dem der Antrag auf Ausstellung der Kennkarte gestellt ist, und der Behörde, an die dieser Antrag gerichtet wurde.

2. Zur Gewährleistung eines reibungslosen Überganges in den durch die 5. VO. zum ReichsbürgerG. geschaffenen Rechtszustand werden die OLGPräs. ermächtigt, an den in der Bek. v. 17. Okt. 1938 (DJ. S. 1670) angeführten Orten Rechtsanwälte, die auf Grund des § 1 dieser VO. ausscheiden, für die Dauer eines Monats, längstens jedoch bis zum 31. Dez. 1938, als jüdische Konsulenten zuzulassen. Die befristete Zulassung setzt einen schriftlichen Antrag voraus; der Antrag bedarf keiner weiteren Begründung. Frontkämpfer und unter ihnen diejenigen, die eine schwere Kriegsbeschädigung erlitten haben, sind tunlichst vorzugsweise zu berücksichtigen. Im übrigen kommen nur Gesuchsteller in Betracht, deren bisherige Berufsausübung zu wesentlichen Beanstandungen keinen Anlaß gegeben hat und deren gegenwärtige Beschäftigung eine befristete Zulassung besonders dringlich erscheinen läßt. An einem Ort sind für die Übergangszeit mindestens um die Hälfte mehr jüdische Konsulenten zuzulassen, als nach der Bekanntmachung v. 17. Okt. 1938 (DJ. S. 1670) dort endgültig zugelassen werden sollen. Eine befristete Zulassung als jüdischer Konsulent soll in diesem Falle nur für den Ort ausgesprochen werden, an dem der Gesuchsteller bisher seinen Beruf ausgeübt hat; die Bestimmung des Bezirks der einzelnen jüdischen Konsulenten, wenn sie der OLGPräs. bestellt, bleibt bis zum 31. Dez. 1938 den OLGPräs. überlassen; soweit sich der Bereich des jüdischen Konsulenten auf einen benachbarten Oberlandesgerichtsbezirk erstrecken soll, ist das Einvernehmen des beteiligten OLGPräs. einzuholen. Vor der Entscheidung soll der OLGPräs. den Präs. der Rechtsanwaltskammer gutachtlich hören.

In der Zulassungsverfügung ist zum Ausdruck zu bringen, daß mit ihr eine Anwartschaft auf endgültige Zulassung als jüdischer Konsulent nicht erworben wird. Für die Zulassung eines jüdischen Konsulenten auf Zeit ist eine Gebühr von 5 *RM* zu erheben; die Erstattung von Auslagen findet nicht statt. Im übrigen gelten Ziff. 12 des Abschn. II und die Abschn. III bis VII sinngemäß.

In der Ermächtigung zu einer befristeten Zulassung jüdischer Konsulenten liegt die Befugnis, die Zulassung jederzeit — insonderheit auch bei Wegfall des Bedürfnisses — vor dem 31. Dez. 1938 zu widerrufen.

Niederlassungsorte der jüdischen Konsulenten

Bekanntmachung des RJM. v. 17. Oktober 1938 (3830/3 — Ia⁷ 1459). — DJ. 1938, 1670

Es ist in Aussicht genommen, an folgenden Orten jüdische Konsulenten zuzulassen:

1. OLGBez. Bamberg:
   - a) in Würzburg für den OLGBez. Bamberg 1
   - b) in Bamberg für den OLGBez. Bamberg 1
   - c) in Schweinfurt für den OLGBez. Bamberg 1
2. KGBez.:
   - a) in Berlin für den LGBez. Berlin 40
   - b) in Berlin für die LGBez. Berlin und Potsdam . 2
   - c) in Berlin für die LGBez. Berlin und Neuruppin . 2
   - d) in Berlin für die LGBez. Berlin und Prenzlau . . 2
   - e) in Cottbus für die LGBez. Cottbus, Guben, Frankfurt, Landsberg 1
   - f) in Frankfurt a. d. O. für die LGBez. Cottbus, Guben, Frankfurt, Landsberg, Meseritz (Sprechtag) . 1
   - g) in Landsberg für die LGBez. Cottbus, Guben, Frankfurt, Landsberg, Meseritz, Schneidemühl (Sprechtag) 1
3. OLGBez. Breslau:
   - a) in Breslau für den LGBez. Breslau 4
   - b) in Breslau für die LGBez. Breslau, Oels 2
   - c) in Breslau für die LGBez. Breslau, Schweidnitz, Glatz 1
   - d) in Breslau für die LGBez. Breslau, Glogau . . . 1
   - e) in Breslau für die LGBez. Breslau, Brieg 1
   - f) in Breslau für die LGBez. Breslau, Liegnitz, Hirschberg 1
   - g) in Liegnitz für die LGBez. Glogau, Görlitz, Liegnitz, Hirschberg, Schweidnitz 1
   - h) in Oppeln für die LGBez. Brieg, Glatz, Neiße, Oppeln, Ratibor 1
   - i) in Beuthen für die LGBez. Beuthen, Gleiwitz, Ratibor, Oppeln, Neiße 1
   - k) in Gleiwitz für die LGBez. Beuthen, Gleiwitz, Ratibor, Oppeln, Neiße 1
4. OLGBez. Celle:
   - a) in Hannover für die LGBez. Hannover, Osnabrück, Göttingen, Hildesheim, Detmold, Bückeburg, Lüneburg, Bielefeld, Braunschweig (Sprechtag) 2
   - b) in Emden für die LGBez. Aurich, Osnabrück, Stade, Verden, Oldenburg, Bremen (Sprechtag), AGBez. Thedinghausen 1
5. OLGBez. Darmstadt:
   - a) in Darmstadt für den OLGBez. Darmstadt, LGBez. Aschaffenburg 1
   - b) in Mainz für den OLGBez. Darmstadt, LGBez. Koblenz 1
   - c) in Gießen für den OLGBez. Darmstadt, LGBez. Marburg, Kassel 1
6. OLGBez. Dresden:
   - a) in Leipzig für die LGBez. Leipzig, Plauen, Zwickau, Gera, Altenburg 5
   - b) in Plauen für die LGBez. Leipzig, Plauen, Zwickau, Gera (Sprechtag), Altenburg, Hof . . . 1
   - c) in Dresden für die LGBez. Bautzen, Dresden, Chemnitz, Freiberg, Görlitz 2
   - d) in Chemnitz für die LGBez. Bautzen, Dresden, Chemnitz, Freiberg 3
7. OLGBez. Düsseldorf:
   - a) in Düsseldorf für den OLGBez. Düsseldorf 2
   - b) in Duisburg für den OLGBez. Düsseldorf 1
   - c) in Wuppertal für den OLGBez. Düsseldorf . . . 1
   - d) in M.-Gladbach für den OLGBez. Düsseldorf . . 1
   - e) in Krefeld für den OLGBez. Düsseldorf 1
8. OLGBez. Frankfurt:
   - a) in Frankfurt für den OLGBez. Frankfurt 2
   - b) in Frankfurt für den OLGBez. Frankfurt, LGBez. Hanau und AGBez. Offenbach 1
   - c) in Frankfurt für den OLGBez. Frankfurt, LGBez. Gießen 1
   - d) in Wiesbaden für den OLGBez. Frankfurt 1
9. OLGBez. Hamburg:
   - a) in Hamburg für den LGBez. Hamburg 7
   - b) in Bremen für die LGBez. Bremen, Oldenburg, Verden, Osnabrück (Sprechtag), Stade, Aurich (Sprechtag in Emden), AGBez. Thedinghausen . 1
10. OLGBez. Hamm:
    - a) in Essen für die LGBez. Essen, Münster 2
    - b) in Münster für die LGBez. Essen, Münster . . . 1
    - c) in Bochum für die LGBez. Bochum, Hagen, Siegen 1
    - d) in Hagen für die LGBez. Bochum, Hagen, Siegen 1
    - e) in Dortmund für die LGBez. Dortmund, Arnsberg, Bielefeld, Paderborn 1
    - f) in Bielefeld für die LGBez. Dortmund, Arnsberg, Bielefeld, Paderborn 1
11. OLGBez. Jena:
    - a) in Gotha für die LGBez. Eisenach, Gotha, Meiningen 1
    - b) in Eisenach für die LGBez. Eisenach, Gotha, Meiningen 1
12. OLGBez. Karlsruhe:
    - a) in Mannheim für die LGBez. Mannheim, Heidelberg, Mosbach 4
    - b) in Mannheim für die LGBez. Mannheim, Frankenthal, Landau 1
    - c) in Karlsruhe für die LGBez. Karlsruhe, Pforzheim 2
    - d) in Freiburg für die LGBez. Freiburg, Offenburg, Waldshut, Konstanz 2
    - e) in Offenburg für die LGBez. Offenburg, Freiburg 1
13. OLGBez. Kassel:
    - a) in Kassel für den OLGBez. Kassel 1
    - b) in Fulda für den OLGBez. Kassel 1
14. OLGBez. Kiel:
    - a) in Kiel für den OLGBez. Kiel 1
    - b) in Lübeck für die OLGBez. Kiel, Rostock (Sprechtag in Schwerin) 1
15. OLGBez. Köln:
    - a) in Köln für die LGBez. Köln, Aachen, Bonn . . 6
    - b) in Aachen für die LGBez. Aachen, Köln 1
    - c) in Bonn für die LGBez. Bonn, Köln 1
    - d) in Koblenz für die LGBez. Koblenz, Trier . . . 1
    - e) in Kreuznach für die LGBez. Koblenz, Trier . . . 1
    - f) in Trier für die LGBez. Koblenz, Trier, Saarbrücken 1
16. OLGBez. Königsberg:
    - a) in Königsberg für die LGBez. Königsberg, Bartenstein 1
    - b) in Königsberg für die LGBez. Königsberg, Braunsberg, Elbing (Sprechtag) 2
    - c) in Königsberg für die LGBez. Königsberg, Insterburg, Tilsit 1
    - d) in Allenstein für die LGBez. Allenstein, Bartenstein, Braunsberg, Lyck, Elbing (Sprechtag im Bezirk) 1
    - e) in Insterburg für die LGBez. Insterburg, Allenstein, Lyck, Tilsit 1

17. OLGBez. München:
a) in München für die LGBez. München, Traunstein, Landshut 2
b) in München für die LGBez. München, Deggendorf, Passau, Eichstätt 1
c) in München für die LGBez. München, Augsburg 1
d) in Augsburg für die LGBez. Augsburg, Memmingen, Kempten, Eichstätt 1
e) in Memmingen für die LGBez. Memmingen, Augsburg, Kempten, Ravensburg (Sprechtag) 1

18. OLGBez. Naumburg:
a) in Halle für die LGBez. Halle, Naumburg, Torgau 2
b) in Magdeburg für die LGBez. Magdeburg, Dessau, Stendal, Halberstadt 2
c) in Erfurt für die LGBez. Erfurt, Nordhausen, Weimar, Rudolstadt (Sprechtag) 2

19. OLGBez. Nürnberg:
a) in Fürth für die LGBez. Nürnberg, Ansbach . . 1
b) in Fürth für die LGBez. Nürnberg, Eichstätt . . 1
c) in Fürth für die LGBez. Nürnberg, Regensburg . 1
d) in Fürth für die LGBez. Nürnberg, Weiden, Amberg 1
e) in Regensburg für die LGBez. Regensburg, Amberg, Weiden, Deggendorf, Passau 1

20. OLGBez. Rostock:
in Rostock für den OLGBez. Rostock 1

21. OLGBez. Stettin:
a) in Stettin für den OLGBez. Stettin 1
b) in Köslin für den OLGBez. Stettin, LGBez. Schneidemühl (Sprechtag in Schlochau) 1

22. OLGBez. Stuttgart:
a) in Stuttgart für die LGBez. Stuttgart, Hechingen, Rottweil, Tübingen 3
b) in Stuttgart für die LGBez. Stuttgart, Heilbronn, Ellwangen, Ulm 2
c) in Ulm für die LGBez. Ulm, Ellwangen, Ravensburg, Konstanz 1
d) in Heilbronn für die LGBez. Heilbronn, Ellwangen, Mosbach 1

23. OLGBez. Zweibrücken:
a) in Kaiserslautern für den OLGBez. Zweibrücken . 1
b) in Ludwigshafen für den OLGBez. Zweibrücken . 2

Schrifttum

Reichsleiter der NSDAP., RMin. Dr. Hans Frank: Heroisches und geordnetes Recht. Rede anläßlich der Eröffnung der Ausstellung „Buch und Recht" im Reichsgericht zu Leipzig. Berlin 1938. Deutscher Rechtsverlag. 31 S. Preis kart. 2,40 *RM.*

Mit dem vorliegenden Heft wird eine Rede des Reichsrechtsführers einer weiteren Öffentlichkeit zugängig gemacht und in eindringlicher Weise daran erinnert, daß die Berufstätigkeit der Rechtswahrer mit der Sphäre des „heroischen Rechts" untrennbar verbunden ist. Diese Berufsarbeit des Rechtswahrers, die im „geordneten Recht" begriffen ist, hat im Nationalsozialismus ein „heroisches Recht" zur Voraussetzung, durch welches die Existenz des Volkes gesichert wird.

Daher geht RMin. Dr. Frank davon aus, daß das deutsche Rechtsbuch nicht ein Buch des Fachmanns allein sein sollte; das Rechtsschrifttum sei daher als einer der wertvollsten Bestandteile der gesamten deutschen Kulturleistung anzusehen.

Für das Recht selbst sind nach den Ausführungen des Reichsrechtsführers vier Betrachtungsweisen methodisch bedeutsam: Rechtsgefühl, Rechtsidee, das Wissen um das Recht und das Rechtskönnen.

Das Rechtsgefühl wird als der psychische Ausdruck für die natürlichen Lebensgegebenheiten eines Volkes bezeichnet. Als Beispiel für seine machtvolle Gewalt führt Dr. Frank an, daß das Volk immer ein Gefühl gegen den Juden gehabt hat, womit es immer schon betont habe, daß es eine Rassengesetzgebung geben müsse. Aus dieser und den folgenden Betrachtungen über Rechtsidee, Rechtswissen und -können ergibt sich die Erkenntnis, daß immer zwei Rechtsgruppen in der Geschichte nebeneinander hergehen, die Minister Frank als heroisches und geordnetes Recht bezeichnet.

„Das heroische Recht ist das Recht der Auseinandersetzungen der Völker, es ist der große Bereich, aus dem alle tausend Jahre ein oder zwei oder drei Rechtswahrer hervorgehen, die Rechtswahrer im höchsten Sinne des Wortes sind. Einer dieser Rechtswahrer ist Adolf Hitler. In diesen größten und höchsten Formen steht der Mythus eines Volkes mit dem Glauben an die höchsten Werte, mit dem Idealismus einer Volkskraft durch Jahrtausende geballt hinter der Energie eines solch grandiosen einmaligen Rechtswahrers."

Diese Darlegungen des Reichsrechtsführers gehen in ihrer rechtspolitischen und rechtsphilosophischen Bedeutung weit über den Rahmen des gegebenen Anlasses hinaus und sollten zum geistigen Besitz aller Rechtswahrer werden.

Dr. Zeller, Berlin.

Prof. Dr. Herbert Meyer, Berlin: Das Wesen des Führertums in der germanischen Verfassungsgeschichte. Berlin 1938. Deutscher Rechtsverlag. 48 S. Preis kart. 2,40 *RM.*

Über Entstehung und Grundzüge germanischer Volksrechte gibt der Verf. sehr interessante Einzelheiten bekannt; insbes. sind die Angaben über die Entstehung der Führungs- und Königsmacht bei den Germanen von größter Bedeutung für die Beurteilung des ältesten Verhältnisses zwischen Führung und Gefolgschaft.

In 117 Anmerkungen wird ein reiches Quellenmaterial verzeichnet. Dadurch und vermöge der durch den Verf. eröffneten Blickpunkte ist die vorliegende Broschüre ein wichtiges Hilfsmittel beim Studium der germanischen Verfassungsgeschichte.

Dr. Zeller, Berlin.

Plancks Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. 3. Band: Sachenrecht. 5. völlig neu bearbeitete Auflage, 6. Lieferung §§ 1259 bis 1296 und Wort- und Sachregister (Lieferung 3 des zweiten Halbbandes) bearbeitet von Dr. E. Brodmann, RGR. a. D., Dr. O. Strecker, SenPräs. beim RG. a. D., Dr. F. Flad, SenPräs. beim RG. a. D., Mitglied der Akademie für Deutsches Recht. Berlin 1938. Verlag Walter de Gruyter & Co. 129 S. Preis brosch. 10 *RM.*

Bei der Anzeige der 5. Lieferung in JW. 1938, 1997 konnte ich ankündigen, daß das Erscheinen der 6. Lieferung schon in einigen Wochen erwartet werden könne. Die 6. Lieferung liegt jetzt vor. Damit gelangt ein hochbedeutsames Werk für die Auslegung der Vorschriften des BGB. über das Sachenrecht zum Abschluß. Dieses Werk verbindet in hervorragender Weise logische Schärfe und gesundes Rechtsempfinden. Es wird daher auch dann seinen Wert behalten, wenn im Zuge der Erneuerung des Deutschen Rechts die Vorschriften des BGB. über das Sachenrecht erhebliche Änderungen erfahren sollten.

StSekr. a. D. Wirkl. Geh. Rat Dr. Mügel, Berlin.

Franz Maßfeller, OLGR. im RJM.: Das neue Ehegesetz v. 6. Juli 1938 und seine Ausführungsvorschriften sowie die Familienrechtsnovelle v. 12. April 1938. Berlin 1938. Verlag für Standesamtswesen GmbH. VIII, 408 S. Preis geb. 10 *RM.*

Der Verf. ist als bedeutender Kenner und Bearbeiter des Familienrechts und des zwischenstaatlichen Rechts so allgemein bekannt, daß es schwerlich einen Juristen geben wird, der das Buch nicht mit Freuden als einen zuverlässigen Begleiter in das Neuland des nationalsozialistischen Eherechts begrüßen, aber auch mit hohen Erwartungen und Ansprüchen danach greifen wird. Vorweg sei bemerkt, daß der Benutzer keine Enttäuschung zu befürchten hat. Welcher Geist das Werk erfüllt, zeigt schon das Vorwort: Rechtsprechung und Schrifttum zum alten Recht des BGB. werden nicht angeführt. „Sie haben nur noch einen beschränkten Wert. Entscheidend für die Weglassung war aber die Erwägung, daß — unbeschwert von alten Auffassungen — diese wichtigen Gesetze nationalsozialistischer Staatsführung nur in dem Geiste angewandt werden dürfen, in dem sie geschaffen sind, im Geiste unserer neuen

Weltanschauung." Möge diese Erkenntnis Gemeingut aller Rechtswahrer werden und uns vor verderblichem Mumienkult bewahren. Videant consules! Das Vorwort verrät ferner, daß das Buch vornehmlich auf die Bedürfnisse der Standesbeamten Bedacht nimmt. Dadurch wird aber sein Wert für andere nicht vermindert, sondern erhöht, denn dieses Ziel des Verf. hat dazu geführt, daß überall für größte Übersichtlichkeit der Darstellung und Vollständigkeit der beachteten Rechtssätze gesorgt ist. Hervorragend stellt der Verf. an zahlreichen Stellen die alten und die neuen Vorschriften nebeneinander, indem er ihre Unterschiede scharf und klar aufzeigt. Als Beispiel sei hier nur die Abgrenzung der Nichtehe gegen die nichtige, also vernichtbare Ehe angeführt (S. 111). Dankenswert ist auch die Aufnahme des Wortlauts der amtlichen Begründung in abweichender Druckart bei den einzelnen Bestimmungen sowie die Wiedergabe der jeweils passenden Vorschriften der DurchfVO. Daß das zwischenstaatliche Recht sorgfältigste Beachtung gefunden hat, bedarf kaum der Erwähnung. Der Wortlaut des EheG. und der DurchfVO. ist dem erläuternden Teil vorausgestellt. Auf die Erläuterung beider, die übrigens sehr gründlich auch auf die Bestimmungen für Österreich eingeht, folgt ein besonderer Abschnitt über das Verfahren in Ehe- und Kindschaftssachen. Sodann ist das FamRÄndG. mit seiner amtlichen Begründung und Bemerkungen angefügt, wobei die Bemerkungen zumeist eingehendere Erläuterungen sind. Der Anhang enthält die Nürnberger Rassegesetze, das EhegesundhG., die VO. zur Vereinheitlichung der Zuständigkeit in Familien- und Nachlaßsachen und die AllgVfg. v. 4. Febr. 1936, jeweils mit Fußnoten und natürlich in neuester Fassung. Endlich fehlt ein Schlagwörterverzeichnis nicht. So bringt das Buch wirklich alles, was der Praktiker auf diesem Rechtsgebiet braucht, und wird ihn in vielen Fällen der Notwendigkeit entheben, noch andere Hilfsmittel heranzuziehen. Nur belanglose Kleinigkeiten bleiben zu wünschen. So findet sich auf S. 152 eine Erörterung des Wesens der Ehe, ohne daß ein Stichwort des Wörterverzeichnisses zu dieser Stelle hinleitet. Auch die Lebensnachstellung als Scheidungsgrund habe ich nirgends erwähnt gefunden. Zu § 15 Abs. 3 FamRÄndG. (S. 343 ff.) habe ich eine Erklärung vermißt, gegen wen das Verfahren auf Aufhebung des Kindesannahmeverhältnisses nach dem Tode des Antragstellers fortzusetzen ist, obwohl diese Frage immerhin zweifelhaft ist (vgl. Günther: DRechtspfl. 1938, 204 zu e). Auf S. 126 wird dargelegt, daß das neue Recht nicht mehr von einer Bestätigung der Ehe spricht, sondern diesen ein einseitiges Rechtsgeschäft andeutenden Ausdruck vermeidet, indem es ein Erkennengeben des Fortsetzungswillens an die Stelle setzt und damit auf das tatsächliche Verhalten des Ehegatten abstellt; immerhin sei auch das Erkennengeben seines rechtsgeschäftlichen Charakters nicht ganz entkleidet. Ob der Unterschied damit wirklich richtig gekennzeichnet und nicht auch nach neuem Recht ein Rechtsgeschäft anzunehmen ist, kann Zweifeln unterliegen. Der Verf. weist selbst darauf hin, daß das Erkennengeben des § 22 Abs. 2 in § 35 des Gesetzes wieder als Bestätigung bezeichnet ist. Von anderer Seite (Martens-Edelmann: „Die Frau" 1938, 563) wird der Unterschied darin gefunden, daß die Bestätigung nicht mehr allzu leicht in Vorgängen gefunden werden dürfe, bei denen dem Handelnden die Tragweite seines Tuns nicht klar war, daß künftig weit mehr zu prüfen sei, wie die wahre innere Einstellung des Bestätigenden war, ob ihm zum Bewußtsein kam, was er tat. Ob die Fassungsänderung nicht auch diese Bedeutung und gerade sie hat, ist sicherlich der Erwägung wert, und das um so mehr, als die bisherige Rechtsanwendung nicht selten zu unbefriedigenden Ergebnissen führte. Doch genug davon. Es wäre Unrecht, mit Mühe weitere Einwendungen gegen vereinzelte Stellen des Werkes zusammenzutragen. Die Befriedigung über das, was der Verf. geleistet hat, würde dadurch nicht geschmälert. Dem Besprecher ist es eine Freude, sagen zu können: Der rechte Mann gab uns das rechte Buch!

RGR. Dr. Günther, Leipzig.

Dr. Friedrich Lent, o. Prof., Erlangen, Mitglied der Akademie für Deutsches Recht: Wille und Interesse bei der Geschäftsbesorgung. (Schriften der Akademie für Deutsches Recht, Gruppe Schuldrecht Nr. 2.) Leipzig 1938, Deichertsche Verlagsbuchhdlg. 105 S. Preis geh. 4,50 RM.

Wille und Interesse sind die beiden bestimmenden Faktoren der Rechtsetzung bei jeder Art der Geschäftsbesorgung. Der Verf. der vorl. Schrift zeigt dies im einzelnen auf. Für die vertraglich übernommene Geschäftsführung ist der Wille des Geschäftsherrn fast ausschließlich herrschend: Seinem Willen gemäß wird der Vertragsinhalt bestimmt, und es ist zu vermuten, daß diesem Willen des Geschäftsherrn auch sein Interesse entspricht. Für den Geschäftsführer besteht keine besondere Prüfungspflicht in dieser Richtung. Für die auf gesetzlicher Befugnis beruhende Geschäftsbesorgung, zu der eine besondere Stellung oder ein Amt verpflichtet, ist das Interesse des Geschäftsherrn, richtiger des Betreuten, ausschlaggebend: Der Wille des Betreuten ist völlig ausgeschaltet, der Geschäftsführer ist gerade deshalb eingesetzt, weil er das Interesse des Betreuten wahrnehmen soll. Bei der auftraglosen Geschäftsführung sind Wille und Interesse einander gleichgeordnet: Nicht einer dieser beiden Faktoren allein, sondern beide in ihrem Zusammenwirken gestalten das Rechtsverhältnis zwischen Geschäftsführer und Geschäftsherrn. Eine Geschäftsführung ohne Auftrag führt nur dann zu gegenseitigen Ansprüchen, wenn die Übernahme und die Besorgung des Geschäfts dem Interesse und dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Geschäftsherrn entspricht. Das Verhältnis von Wille und Interesse bei der auftraglosen Geschäftsführung wird dann von dem Verf. eingehend untersucht: Er erörtert die Folgen des bewußten und des irrtümlichen Verstoßes gegen den Willen und gegen das Interesse des Geschäftsherrn sowie die Frage nach der Rechtswidrigkeit der auftraglosen Geschäftsführung, die er verneint. Der Grundsatz, daß bei der auftraglosen Geschäftsführung Wille und Interesse des Geschäftsherrn zusammen bestimmend sind für die Ausgestaltung des Rechtsverhältnisses, gilt nicht ausnahmslos. Auf den Willen des Geschäftsherrn kommt es dann nicht an, wenn ohne die Geschäftsführung eine Pflicht des Geschäftsherrn, deren Erfüllung im öffentlichen Interesse liegt, oder eine gesetzliche Unterhaltspflicht des Geschäftsherrn nicht rechtzeitig erfüllt werden würde. In diesem Falle kommt es lediglich auf die Wahrung des Interesses des Geschäftsherrn an. Der Darstellung dieses Ausnahmetatbestandes, der in § 679 BGB. geregelt ist, ist das zweite Kapitel gewidmet. Hier zieht der Verf. zunächst die Grenzen für den Begriff derjenigen Pflichten, deren Erfüllung im öffentlichen Interesse liegt, und kommt zu dem Ergebnis, daß das Eingreifen des Geschäftsführers gegen den Willen des Geschäftsherrn nur unter der Voraussetzung gerechtfertigt ist, daß sein Eingreifen an Stelle des Geschäftsherrn im öffentlichen Interesse liegt. Demgemäß empfiehlt er eine andere Fassung des § 679 BGB. Dieses Kapitel gibt dem Verf. weiter Gelegenheit, eine Fülle von Einzelproblemen zu erörtern. Er fragt, ob auch die Erfüllung sittlicher Pflichten durch einen auftraglosen Geschäftsführer unter die Ausnahmevorschrift des § 679 BGB. im Wege ausdehnender Auslegung einzubeziehen sei, verneint aber diese Möglichkeit, denn dadurch würden die sittlichen Pflichten in rechtliche Pflichten umgewandelt werden, und eine solche Umwandlung sei nicht erwünscht, es müsse ein Bereich freien unerzwingbaren Handelns bleiben, damit der Charakter der sittlichen Pflichten, die ihren Wert nur durch die Gesinnung des Erfüllenden erhielten, erhalten bleibe. Weiter untersucht dann der Verf. einzelne Probleme aus dem Recht der auftraglosen Geschäftsführung: Die Rettung eines Selbstmörders, die ärztliche Behandlung eines Kranken gegen seinen Willen, die Züchtigung fremder Kinder und die Geschäftsführung im öffentlichen Interesse, durch die eine an sich einer Behörde obliegende Tätigkeit von einem Geschäftsführer ausgeübt, insbes. eine der Behörde obliegende Pflicht erfüllt wird. Im dritten Kapitel wendet sich der Verf. der rechtlichen Regelung der Aufwendungen und des Schadensersatzes des Geschäftsführers zu. Er umgrenzt den Begriff der Aufwendungen und erörtert den Umfang des Schadensersatzes und kommt bei dieser Erörterung zu dem Vorschlag, für die Neuordnung des Rechts an Stelle des bisherigen Maßstabes (erforderliche Aufwendungen) den besser zutreffenden Maßstab der „angemessenen Aufwendungen" zu setzen. Der Verf. weist dann die praktische Unzulänglichkeit des Aufwendungsersatzes nach und stellt die Forderung auf, daß zu dem Aufwendungsersatz eine Regelung der Schadenstragung hinzukommen müsse, die die gegenwärtige Rechtslage vermissen lasse. Er erklärt, es sei eine rechtspolitische Notwendigkeit, den Schäden an Vermögensgütern die Schäden an anderen als Vermögensgütern gleichzustellen. Eine besondere Regelung der Schadenstragung muß nach den Feststellungen des Verf. um so mehr eintreten, als eine solche sich nicht aus allgemeinen Vorschriften bereits ableiten lasse, wie Haftung für Verschulden, Gefährdungshaftung, öffentlich-rechtliche Versicherung und vertragliche Risikoverteilung. Diesem Nachweis widmet der Verf. längere Ausführungen. Bei der Erörterung des Umfangs des Schadensersatzes stellt der Verf. die Forderung auf, daß dieser sich nach dem gerechtfertigen Einsatz bestimmen müsse, unabhängig von einem Verschulden des Geschäftsherrn, daß es aber einer Verteilung des Schadens unter Geschäftsführer und Geschäftsherrn bedürfe. Im letzten Abschnitt erörtert der Verf. die Frage, unter welchen Voraussetzungen ein Geschäftsführer ohne Auftrag Entgelt für seine Tätigkeit beanspruchen dürfe; er schlägt vor, das Entgelt dem Grunde und der Höhe nach danach zu bestimmen, ob eine in diesem Falle vertraglich übernommene Geschäftsführung entgeltlich oder

unentgeltlich gewesen wäre. Zum Schluß faßt der Verf. das Ergebnis seiner Untersuchung in einem Gesetzesvorschlag zusammen.

Das Buch enthält eine Fülle von anregenden Erörterungen und Untersuchungen, die sich nicht allein auf das behandelte Thema beschränken, sondern auch angrenzende Rechtsgebiete und Rechtsfragen betreffen. Die Ergebnisse, zu denen der Verf. gelangt, sind durchweg zu billigen, sie entsprechen in vollem Umfang dem Grundgedanken der neuen Rechtslehre und stellen insgesamt einen bedeutsamen Beitrag zur Vorbereitung der neuen gesetzlichen Regelung dar.

RA. und Notar Dr. Roquette, Königsberg i. Pr.

Franz Triebel, SenPräs. b. RG. i. R.: Materielles Grundbuchrecht. (Schriften der Akademie für Deutsches Recht, Gruppe Boden- und Fahrnisrecht Nr. 2.) Tübingen 1938. Verlag J. C. B. Mohr (Paul Siebeck). 80 S. Preis brosch. 3,90 *RM*.

Unter „materiellem Grundbuchrecht" versteht Triebel „die Beziehungen, die zwischen dem Grundbuch und dem Liegenschaftsrecht bestehen". — Nach einem kurzen geschichtlichen Überblick über die Entwicklung des deutschen Grundbuchrechtes werden die wichtigsten, das Grundbuchrecht kennzeichnenden Grundsätze, nämlich der Eintragungsgrundsatz, der Bestimmtheitsgrundsatz, der Grundsatz des öffentlichen Glaubens und der Grundsatz der Sachprüfung mit klaren Strichen gekennzeichnet. Von besonderem Interesse sind die von Triebel erörterten Fragen der Gesetzesänderung, so zum Eintragungsgrundsatz die Frage, ob Pacht und Miete in das Grundbuch gehören, ob die gegenwärtige Rechtslage bei der Eintragung von Verfügungsbeschränkungen einer Änderung bedarf, ob das Grundbuch für die Eintragung der Geschäftsunfähigkeit oder der Beschränkung der Geschäftsfähigkeit zu öffnen sei; der Verf. verneint diese Fragen. Weitere Erörterungen betreffen das Recht der Vormerkung, während die Frage der Loslösung des dinglichen Rechtsgeschäftes von dem zugrunde liegenden schuldrechtlichen Rechtsgeschäft, d. h. die Frage der sogenannten Abstraktion, nur gestreift und — weil über den Rahmen des Grundbuchrechts hinausgehend — nicht näher vertieft wird. Zum Grundsatz des öffentlichen Glaubens erörtert der Verf., ob der Schutz des öffentlichen Glaubens auch dem zu versagen ist, dem die Unrichtigkeit des Grundbuchs infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt ist und ob auch der unentgeltlich Erwerbende den Schutz des guten Glaubens genießen soll. In der ersten Frage empfiehlt der Verf. eine Änderung des geltenden Rechts, in der zweiten will er eine solche nicht vorschlagen.

Das Heft bietet weiter auf rund 50 Seiten einen Überblick über das materielle Grundbuchrecht der ausländischen Kulturstaaten. Dabei kann es sich, wie der Verf. selbst hervorhebt, natürlich nur um eine Darstellung der Grundzüge handeln. Eine Reihe von ausländischen Rechten werden mit dem deutschen Recht verglichen, wobei geprüft wird, ob das betreffende ausländische Recht Anregungen zu einer Verbesserung des deutschen Rechtes geben kann. Diese Vergleiche zeigen, auf welch hohem Stande der Entwicklung sich das deutsche Grundbuchrecht befindet und daß die ausländischen Rechte nur in geringem Umfange (vgl. die im ersten Absatz angedeuteten Probleme) Anregungen zu einer Änderung des deutschen Rechtes geben können.

Von besonderem Interesse sind die Ausführungen über das Grundbuchrecht in Österreich und der bisherigen Tschechoslowakei. In Österreich und den sudetendeutschen Gebieten gilt das österreichische ABGB. v. 1. Juni 1911 mit seinen Teilnovellen von 1914 bis 1916 und das Grundbuchgesetz v. 25. Juli 1871, in Österreich ferner die Grundbuchsnovelle v. 19. Dez. 1929. Bemerkenswert ist, daß auch im österreichischen Recht im wesentlichen die gleichen Grundsätze wie im Grundbuchrecht des Altreichs gelten; die abweichende Durchführung dieser Grundsätze hat zum Teil in der Verschiedenheit des materiellen Liegenschaftsrechts ihren Grund.

Alles in allem: ein nützliches, übersichtlichtliches Buch. Der Praxis werden besonders auch die Schrifttumshinweise, die bei der Darstellung der ausländischen Grundbuchrechte gegeben sind, erwünscht sein.

AGR. Dr. Recke, Berlin.

Prof. Dr. jur. Wilhelm Ludewig: Deutsches Aktienrecht. Handbuch für die Praxis. Karlsruhe a. Rhein 1938. Verlag G. Braun. Handbuch 252 S., Grundriß 93 S. Preis Handbuch kart. 4,50 *RM*, Grundriß kart. 1,80 *RM*.

Das „Handbuch" besteht aus einem „Grundriß" des neuen Aktienrechts (93 S.), der auch für sich allein in einer gesonderten Ausgabe erschienen ist, und aus einem „Anhang".

Der „Anhang" enthält: Auszüge aus dem HGB. und dem FGG., das AktG. nebst drei DurchfVO., das Ges. über die Auflösung und Löschung von Gesellschaften und Genossenschaften, das Gesetz über die Umwandlung von Kapitalgesellschaften nebst vier DurchfVO., das Kapitalanlagegesetz, das AnlStockG. nebst drei DurchfVO., eine Mustersatzung und die neuen Vorschriften für Österreich sowie ein Gesamtverzeichnis (auf S. 249, nicht — wie im Inhaltsverzeichnis auf S. 96 irrtümlich angegeben — auf S. 232).

Der „Grundriß" enthält, wie der Name besagt, eine gedrängte systematische Darstellung des neuen Aktienrechts. Sein Wert besteht zunächst in der übersichtlichen eingehenden Gliederung des schwierigen Rechtsstoffes unter Verwendung von Fett- und Sperrdruck und punktenmäßiger Bezifferung. Dadurch wird eine gute Orientierung erreicht, die die Verwendung des Buches beim Studium und in der Praxis begünstigt. Eine Erörterung von Streitfragen liegt nicht in der Absicht des Grundrisses. Die Darstellung schließt sich im wesentlichen der durch das AktG. gegebenen Einteilung des Stoffes an. Die Sprache ist präzis, klar und gemeinverständlich. Neben einem Inhaltsverzeichnis ist ein besonderes Sachverzeichnis (S. 91) dem Grundriß beigegeben.

Der Hauptwert des Buches aber liegt in der „Klarlegung der inneren Zusammenhänge und der wirtschaftlichen und sozialen Zwecke", der man in knapper Form fast Seite für Seite begegnet. Dadurch eignet sich das Werk besonders für Studierende und für Rechtswahrer, die sich in das ihnen bisher etwa noch ungewohnte Rechtsgebiet einarbeiten wollen. Lichtvoll ist insbes. die Darstellung der „wirtschaftlichen und sozialen Bedeutung" der Aktiengesellschaft (S. 2 ff.) und der „Erneuerung des Aktienrechts" (S. 5 ff.).

Zusammenfassend läßt sich sagen: Der hier vorliegende Grundriß, der sich knapp und doch erschöpfend auf die Darstellung der Struktur der Aktiengesellschaft und ihres Verständnisses beschränkt, ist als wertvoller Leitfaden für das Studium und die Praxis der Richter, Anwälte und Notare zu begrüßen.

OAR. Groschuff, Berlin.

Dr. jur. Ottmar Bühler, o. ö. Prof., Münster: Lehrbuch des Steuerrechts. II. Band, Einzelsteuerrecht (besonderer Teil des Steuerrechts). Mit mehreren tabellarischen Übersichten und drei Registern. Berlin 1938. Verlag Franz Vahlen. 638 S. Preis geb. 24 *RM*, kart. 21,50 *RM*.

Das vorliegende neueste Werk Bühlers erscheint gerade für die Anwaltschaft im richtigen Augenblick. In einem Zeitpunkt, in dem viele Berufsgenossen von der durch die Zulassung zur Fachanwaltschaft geschaffenen Möglichkeit einer auch nach außen hin hervortretenden Beschäftigung mit einem Sondergebiet Gebrauch machen wollen, ist das Bedürfnis nach einem das gesamte Steuerrecht umfassenden, wissenschaftlich begründeten und für den praktischen Gebrauch geeigneten Werk besonders dringend. Diesen Anforderungen entspricht die Bühlersche Arbeit in hervorragender Weise.

Das Buch stellt den das Einzelsteuerrecht behandelnden 2. Band des „Lehrbuch des Steuerrechts" dar, dessen 1. Band bereits im Jahre 1927 erschienen ist. Die zwischen dem Erscheinen der beiden Bände liegende Zeitspanne von 11 Jahren stellt der Gewissenhaftigkeit des Verf. das beste Zeugnis aus. Er hat nicht den Ehrgeiz gehabt, in den auf das Erscheinen des 1. Bandes folgenden Jahren des Steuernotrechts oder möglichst bald nach der Steuerreform 1934 sein Lehrbuch durch Herausgabe des „Einzelsteuerrechts" zum Abschluß zu bringen. Er hat vielmehr zunächst die Neuausrichtung des Steuerwesens, die die Reinhard-Reform mit sich brachte, beobachtet, um dann unter Verarbeitung der Rechtsprechung und Verwaltungsübung eine gründlich durchdachte und vertiefte, die inneren Zusammenhänge aufdeckende Darstellung des gesamten Stoffes zu geben. Schon eine flüchtige Durchsicht zeigt die glasklare Systematik, die alle Arbeiten Bühlers auszeichnet und von der aus alle Einzelfragen behandelt werden. Bühler schlägt gegenüber dem Aufbau der Gesetze oft eigene Wege ein. Aber gerade dies empfindet man um so dankbarer, als sonst im steuerlichen Schrifttum der Kommentar vorherrscht, der sich in seinem Aufbau notwendig an die Einteilung des Gesetzes halten muß. Auch sonst kommen die Vorzüge, die eine das gesamte Steuerrecht umfassende Darstellung gegenüber dem Einzelkommentar bieten kann, voll zur Geltung, z. B. in der überall vorgenommenen Abgrenzung der einzelnen Steuerart gegenüber den übrigen, oder in den oft überraschenden Hinweisen auf die Gleichartigkeit oder Verschiedenheit in der Behandlung ein und derselben Frage bei den verschiedenen Steuerarten.

Das Buch wendet sich, entsprechend seinem Zweck als Lehrbuch, in erster Linie an diejenigen, denen das Gebiet des Steuerrechts noch weniger geläufig ist. Für diese Leser wird die jeder Steuerart vorangeschickte knappe geschichtliche Darstellung von besonderem Nutzen sein. Zuweilen sind auch innerhalb der einzelnen Steuerarten bei besonders wichtigen Vorschriften kurze geschichtliche Rückblicke gegeben, die nicht nur dem Anfänger das Verständnis für die Vorschrift erschließen, sondern auch dem Praktiker die — sehr häufige — Bearbeitung von Fällen, in denen auf die früheren Vorschriften zurückgegangen werden muß, erleichtern. Überhaupt wird auch der, für den die Bearbeitung von Steuersachen zur Tagesarbeit gehört, das Buch mit großem Gewinn durcharbeiten. Die hier durchgeführte, das Wesentliche herausstellende Darstellung ist oft für die Praxis wichtiger als die mehr oder minder wahllose Zusammenstellung von Einzelfällen an Hand der Rechtsprechung. Man liest manchmal in Einleitungen, der Verf. habe sich zum Ziel gesetzt, mit seinem Buch der Praxis zu dienen, daher sei auf wissenschaftliche Ausführungen verzichtet worden. Solche Bemerkungen sollen meist nur den Mangel einer wirklichen gedanklichen Durchdringung des Stoffes verdecken. Das vorliegende Buch beweist schlagend, daß es einen Gegensatz zwischen einer praktischen und einer wissenschaftlichen Darstellung nicht gibt, und daß nur eine solche Darstellung wirklich der Praxis dienen kann, die alle Einzelfragen in die systematisch dargestellten großen Zusammenhänge hineinstellt und bei der Erörterung der Einzelfragen niemals die große Linie außer acht läßt, die dem Gesetz innewohnt.

Daß ein Lehrbuch, das sämtliche Steuerarten behandelt, nicht auf alle Einzelfragen erschöpfende Auskunft geben kann und will, liegt auf der Hand. Trotzdem erfüllt Bühler auch in dieser Hinsicht jeden vernünftigen Wunsch. Er erreicht dies dadurch, daß er den für den täglichen Gebrauch wichtigsten Steuerarten einen verhältnismäßig breiten Raum zuteilt. So nimmt die Darstellung der Einkommen- und Umsatzsteuer zusammen etwa die Hälfte des Werkes ein. Dadurch können alle wichtigen Fragen, die in der täglichen Handhabung dieser beiden maßgebenden Steuerarten auftauchen, behandelt werden.

Den Kenner früherer Arbeiten Bühlers kann es nicht überraschen, daß zwei Abschnitte des Buches — wenn eine solche Hervorhebung erlaubt ist — besonders geglückt sind, nämlich der Teil, der sich mit dem Bilanzsteuerrecht befaßt, und der Abschnitt über die Abgrenzung der Steuerpflichten nach dem Ausland. Dem Bilanzsteuerrecht hat Bühler bekanntlich in seinem Werk „Bilanz und Steuer" eine Sonderdarstellung gewidmet. Wer nicht die Zeit hat, dieses in der 3. Auflage an Umfang stark gewachsene Werk durchzuarbeiten, sollte, wenn er an dieses wichtigste Gebiet des Steuerrechts herantritt, den Abschnitt „Bilanz-Steuerrecht" in Bühlers Lehrbuch lesen. Die lebendige, auf knappsten Raum zusammengedrängte, aber alles Wesentliche erfassende Darstellung des schwierigen Stoffes ist ein Meisterwerk für sich. — Das Kapitel über die Abgrenzung der Steuerpflichten nach dem Ausland — ein wissenschaftlich noch wenig behandeltes Gebiet — gehört gleichfalls zu den besonders gelungenen Teilen des Buches.

Das Bühlersche Werk, das sich auch äußerlich durch sehr übersichtlichen Druck auszeichnet, ist für alle Anwälte, die sich dem Steuerrecht zuwenden wollen, unentbehrlich. Aber auch diejenigen Berufskameraden, die sich nur gelegentlich mit steuerlichen Fragen befassen und die sich nicht für jede Steuerart besondere Erläuterungsbücher anschaffen wollen, werden das Buch mit Nutzen gebrauchen können. Ich wünsche ihm die weite Verbreitung, auf die es nach seinem inneren Gehalt Anspruch hat.

RA. Dr. Haber, Fachanwalt für Steuerrecht, Berlin.

Dienstvorschriften für Notare, zusammengestellt von Kurt Bruns, Bürovorsteher in Braunschweig. Braunschweig 1938. Verlag Albert Limbach. 167 S. Preis Leinenmappe mit einfacher Heftvorrichtung 9,10 RM, mit Ringbuchmechanik 9,85 RM.

Die Sammlung bringt in Loseblattform den Wortlaut der Reichsnotarordnung nebst Ausführungsvorschriften, der Dienstordnung für Notare, der Allgem. Verfügung betr. Angelegenheiten der Notare v. 14. Juni 1937, der Gebührenabgabevorschriften und des Gesetzes über die Errichtung von Testamenten und Erbverträgen sowie der Grundstücksverkehrsbekanntmachung. Weder die Notwendigkeit noch die Nützlichkeit einer solchen, jeder Anmerkung und Verweisung entbehrenden Zusammenstellung ist einzusehen, zumal diese einerseits nicht einmal vollständig ist und wichtige Dienstvorschriften, wie z. B. diejenigen über die Mitteilungs- und Anzeigepflichten der Notare im Steuer- und Devisenrecht, vermissen läßt, andererseits manches bringt, was überflüssig ist oder mit Dienstvorschriften für Notare nichts zu tun hat.

Notar Robert Gonnella, Düsseldorf.

Rechtsvergleichendes Handwörterbuch für das Zivil- und Handelsrecht des In- und Auslandes in Gemeinschaft mit Dr. Carl Heinrici, StSekr. i. R., Dr. Oscar Mügel, Wirkl. Geh. Rat, StSekr. i. R., D. Dr. Walter Simons†, Präs. des RG. i. R., Hon.-Prof. der Rechte a. d. Univ. Leipzig, Dr. Heinrich Titze, Ord. Prof. der Rechte a. d. Univ. Berlin, Dr. Dr. Gustav Wilke†, MinR. i. RJM., herausgegeben von Dr. Dr. Franz Schlegelberger, StSekr. i. RJM., Hon.-Prof. der Rechte a. d. Univ. Berlin. Sechster Band. Rechtsmißbrauch und Schikane — Unsittliche Rechtsgeschäfte. Berlin 1938. Verlag Franz Vahlen. IV, 784 S. Preis geb. 59 RM, kart. 51 RM.

Der 6. Band des Rechtsvergleichenden Handwörterbuchs für das Zivil- und Handelsrecht des In- und Auslandes enthält Beiträge zu 33 Stichwörtern von Rechtsmißbrauch und Schikane bis unsittliche Rechtsgeschäfte. In der aus den vorangegangenen fünf Bänden bekannten Art sind hier wichtige Rechtsverhältnisse, Rechtsbegriffe und Rechtsfragen unter Darlegung der ausländischen Gesetzgebung an Hand der deutschen Regelung bzw. Auffassung behandelt worden. Die Beiträge gewähren in ihrer klaren und übersichtlichen Form einen raschen Einblick in die Gesetzeslage des Auslandes. Unvermeidbar ist bei Werken dieser Art, daß im Augenblick des Erscheinens nicht mehr alle Beiträge dem Stande der Gesetzgebung entsprechen können. Das gilt beispielsweise für den Beitrag zum Testamentsrecht, der die neue Gesetzgebung Deutschlands nicht berücksichtigt.

D. S.

Gesetz über die Errichtung von Testamenten und Erbverträgen v. 31. Juli 1938 mit der in den Gesetzeswortlaut eingeschalteten amtlichen Begründung und allen einschlägigen Vorschriften. Textausgabe mit Verweisungen und Sachverzeichnis. München und Berlin 1938. C. H. Becksche Verlagsbuchhdlg. 80. S. Preis kart. 1,20 RM.

MinR. Dr. Leonhard Meukel, SenPräs. bei dem OLG. München, und Raimund Aubele, OLGR. in München: Verordnung über die Einführung des Erbhofrechts im Lande Österreich v. 27. Juli 1938. (Schweitzers blaue Textausgaben.) Textausgabe mit einer Einleitung, dem Wortlaut der Verordnung und der Ausführungsvorschriften des RJM., einem Verzeichnis der von den Vorschriften für Österreich betroffenen Paragraphen des REG, der EHRV und der EHVfO unter Angabe der einzelnen Bestimmungen für Österreich und einem Sachverzeichnis. München und Berlin 1938. J. Schweitzers Verlag (Arthur Sellier). 100 S. Preis kart. 1 RM.

Dr. Robert von Landmanns Kommentar zur Gewerbeordnung für das Deutsche Reich. 9. Aufl. Herausgegeben von Dr. Gustav Rohmer, RegPräs. a. D. 1. Band Nachtrag August 1938. München und Berlin 1938. C. H. Becksche Verlagsbuchhdlg. 28 S. Preis 1,20 RM.

Kraftfahrzeugergänzungs-Vorschrift v. 13. Aug. 1938. Durchführungsvorschrift zum Wehrleistungsgesetz. Textausgabe mit Anmerkungen, Ergänzungsbestimmungen, Übersichten und Sachverzeichnis, herausgegeben von Dr. Ernst Pabst, MinR. im RMdJ. Berlin 1938. Verlag Franz Vahlen. 76 S. Preis geb. 1,10 RM.

Pferdeergänzungsvorschrift v. 13. Aug. 1938. Durchführungsvorschrift zum Wehrleistungsgesetz. Textausgabe mit Anmerkungen, Ergänzungsvorschriften, Übersichten und Sachverzeichnis, herausgegeben von Dr. Ernst Pabst, MinR. im RMdJ. Berlin 1938. Verlag Franz Vahlen. 95 S. Preis geb. 1,30 RM.

Rechtsprechung

[** Abdruck in der amtlichen Sammlung der Entscheidungen des Reichsgerichts. — † Anmerkung]

Strafrecht

Blutschutzgesetz

1. RG. — §§ 2, 5 BlutschutzG.; § 43 StGB. Versuchte Rassenschande liegt schon dann vor, wenn sich der Täter und die Frau in der Absicht, miteinander geschlechtlich zu verkehren, auf das Zimmer begeben. †)

Der Angekl. und Frau S. waren — in zwar versteckten, aber doch von beiden Teilen verstandenen Andeutungen — einig geworden, alsbald miteinander geschlechtlich zu verkehren. Der Angekl. hatte daraufhin geäußert: „Na, dann können wir ja auch die Mäntel ausziehen und es uns bequem machen." Beide hatten daraufhin die Mäntel ausgezogen, und der Angekl. hatte sich auf das in dem Zimmer befindliche Liegesofa gesetzt, als sie am weiteren durch das Hinzukommen eines Polizeibeamten verhindert wurden.

Die Annahme des LG., in diesen Handlungen des Angekl. liege ein Anfang der Ausführung des Verbrechens der Rassenschande, ist rechtlich richtig. Die Handlungen des Angekl. waren unmittelbar auf den rechtlich mißbilligten Erfolg gerichtet; sie wären so, wie sie sich nach dem Willen des Angekl. weiter entwickeln sollten, als ein einheitlicher Vorgang aufzufassen gewesen. Das Rechtsgut, das die Strafvorschrift schützen soll, war durch die Handlung des Angekl. bereits unmittelbar gefährdet (vgl. RGSt. 68, 336 = JW. 1934, 3131 [15]; RGSt. 69, 327 = JW. 1935, 3630 [9] m. Anm.; RGUrt. v. 9. Dez. 1937, 3 D 952/37: JW. 1938, 165 [1]).

(RG., 3. StrSen. v. 5. Sept. 1938, 3 D 646/38.)

Anmerkung: Dem Urteil ist zuzustimmen.

Jeder Rechtsbrecher nimmt bei seinem Verbrechen, wie Freisler (in Gürtner, „Das kommende deutsche Strafrecht", Allg. Teil, 1934, S. 19) treffend ausführt, den Weg „über folgende Stationen: Versuchung, Willensentschluß, Vorbereitung, Ausführungsbeginn, Ausführung bis zur Erfolgsherbeiführung, Erfolgsicherung". Für den nationalsozialistischen Staat ist es eine Selbstverständlichkeit, „möglichst früh und mit aller Macht" (Freisler a. a. O. S. 20) einzugreifen. Dieses Erfordernis ist besonders dringend bei allen gegen den Bestand des Volkes gerichteten Verbrechen, also auch bei den Verbrechen der Rassenschande bzw. des Rassenverrats. Das geltende Strafrecht greift bei der 4. Station ein (§ 43 StGB.: wenn der Entschluß, ein Verbrechen oder Vergehen zu verüben, durch Handlungen, welche einen Anfang der Ausführung dieses Verbrechens oder Vergehens enthalten, betätigt ist). Diese Regelung ist nur brauchbar, wenn die Beurteilung, ob eine Handlung Beginn der Tatbestandsverwirklichung ist oder nicht, nicht zu eng und in ängstlicher Schonung des Täters, sondern aus vernünftigem Empfinden und unter Berücksichtigung des Sinnes und des Zieles des Strafgesetzes erfolgt.

Das RG. hat schon von jeher — vielfach bekämpft vom Schrifttum — eine weite Auslegung angewandt und das Vorliegen des Versuchs eines Verbrechens bejaht, wenn das, „was verwirklicht vorliegt, zu einer Tatbestandshandlung gehört und bereits eine Gefährdung des durch die Tat zu verletzenden Rechtsguts bedeutet" (RGSt. 59, 386). Die z. B. beim Diebstahl (Lockerung des Gewahrsams) deutlich gewordene weite Auslegung des Begriffs „Anfang der Ausführung" hat das RG. auch in allen bisher bekannt gewordenen Urteilen, die sich mit unvollendeten Verbrechen der Rassenschande befassen, klar und folgerichtig angewandt. In allen Urteilen tritt mit begrüßenswerter Deutlichkeit die grundsätzliche Tendenz hervor, den Beginn der Ausführung bereits in dem frühesten Stadium der verbrecherischen Tätigkeit zu erblicken. Diese Auffassung tritt auch in dem vorstehenden Urteil klar zutage.

Eine andere Auffassung wäre schlechterdings mit den Maßnahmen einer wirksamen Verbrechensverhütung unvereinbar. Wollte man den Täter in dem hier abgeurteilten Fall nicht bestrafen, „weil doch noch nichts passiert sei", so müßte die Polizei also solange vor der Tür stehen, bis „etwas passiert" ist, um den Verbrecher wenigstens einer Bestrafung zuführen zu können, und die Bestrafung hinge dann davon ab, ob die Polizei früher oder später eingreift, also nicht von dem Willen und der Willensbetätigung des Verbrechers! Es besteht nicht der geringste Anlaß, einem Verbrecher die Wachsamkeit und das frühzeitige Zugreifen der Polizei zugute kommen zu lassen.

Anwaltsassessor Rudolf Leppin, Berlin.

Strafgesetzbuch

2. RG. — § 42 e StGB. Die Sicherungsverwahrung ist anzuordnen, wenn im Zeitpunkt der Aburteilung die größere Wahrscheinlichkeit dafür spricht, daß die erkannte Strafe den Angekl. von ferneren Straftaten nicht abhalten wird.

Die Gründe, mit denen die Anwendung des § 42 e StGB. abgelehnt worden ist, unterliegen rechtlichen Bedenken. Zwar kann die Verhängung einer langen Freiheitsstrafe ausreichen, von der Anordnung der Sicherungsverwahrung abzusehen, wenn sie nach den besonderen Umständen und den persönlichen Verhältnissen des Täters die Gewähr bietet, daß dieser dadurch von seinem Hange zur Begehung weiterer Straftaten ablassen und sich künftig in der Freiheit straflos führen wird. Mit Recht weist aber die Staatsanwaltschaft darauf hin, daß zur Entscheidung dieser Frage der Zustand und die Persönlichkeit des Täters im Zeitpunkt seiner Aburteilung allein maßgebend sein könnte. Wenn es in diesem Zeitpunkt nicht ausgeschlossen erscheint, daß die erkannte Strafe den Angekl. von ferneren Straftaten abhält, die größere Wahrscheinlichkeit aber für das Gegenteil spricht, kann von der Sicherungsverwahrung nicht Abstand genommen werden (vgl. die Entsch. 3 D 416/38 v. 21. Juni 1938: JW. 1938, 2331 [1]). Dagegen, daß der Angekl. seinen Hang zu Eigentumsdelikten und Betrügereien überwunden hat oder überwinden wird, spricht aber vorliegend, daß er trotz nicht unerheblicher Vorstrafen für recht schwerwiegende Straftaten (schwerer Raub, schwerer Diebstahl) doch wieder — wenn auch erst nach einem Zeitraum von fast 10 Jahren — rückfällig geworden ist, und zwar ohne dazu jeweils durch besondere äußere Umstände veranlaßt worden zu sein. Die Lebensverhältnisse des Angekl. werden nach seiner Entlassung auch kaum günstiger sein als zur Zeit der Begehung der bisherigen Straftaten. Er befindet sich auch dann noch in einem Lebensalter, in dem er zur Begehung von weiteren Straftaten fähig sein wird. Es liegen also nach den bisherigen Feststellungen keinerlei Tatsachen vor, die die Annahme rechtfertigen, der Angekl. werde sich nach Verbüßung der Strafe aller Voraussicht nach straffrei halten. Das RG. hat neuerdings wiederholt — nicht nur in der vorerwähnten Entsch. des 3. Sen., sondern auch in verschiedenen anderen Erkenntnissen der letzten Zeit —, wie bereits in RGSt. 68, 271 = JW. 1934, 837 [9] m. Anm. hervorgehoben, daß die Anforderungen in dieser Hinsicht nicht überspannt werden dürfen, da sonst der Gesetzeszweck vereitelt werden könnte. Es hat schon seiner Zeit — wie dies auch in der Rev. der StA. geschehen ist — darauf hingewiesen, daß ein Unterlassen der Anordnung nicht wieder gutgemacht werden kann, daß aber im anderen Falle nach § 42 f Abs. 4 StGB. alsbald nach dem Beginn des Vollzugs der Sicherungsverwahrung die gericht-

liche Anordnung nachgeprüft werden kann, wenn eine durch den Strafvollzug erreichte Besserung oder sonstige veränderte Umstände die Gefahr als beseitigt erscheinen lassen.

(RG., 2. StrSen. v. 29. Aug. 1938, 2 D 487/38.)

*

3. RG. — § 223 b StGB. Die „gefühllose Gesinnung" ist ein wichtiges Kennzeichen für die „Rohheit" einer Mißhandlung; sie ist aber nicht notwendig eine dauernde Charaktereigenschaft, sondern kann — meist infolge einer gewissen Neigung des Täters — als vorübergehender Zustand bemerkbar werden.

Das LG. sagt bei der rechtlichen Würdigung des festgestellten Sachverhalts, der Angekl. habe bei den drei Vorfällen, die dem Urteil zugrunde liegen, seinen noch nicht dreijährigen Sohn i. S. des § 223 b StGB. „roh mißhandelt", da er „vorsätzlich und rechtswidrig, ohne daß es durch irgendwelche berechtigte Zwecke geboten gewesen wäre, aus einer gefühllosen, die Leiden des Kindes mißachtenden Gesinnung heraus dem Kinde erhebliche Schmerzen zugefügt habe". In diesen Wendungen der Urteilsgründe zeigt sich, daß das Gericht von einer zutreffenden Auffassung des Rechtsbegriffs „roh mißhandelt" im Sinne der genannten Vorschrift ausgegangen ist. Gleichwohl kann das angefochtene Urteil nicht unbeanstandet bleiben, weil die in Betracht kommenden tatsächlichen Vorgänge nicht mit der gebotenen Genauigkeit festgestellt worden sind und daher keine Sicherheit vorhanden ist, ob die Vorgänge sämtlich unter den an sich richtig aufgefaßten Begriff der rohen Mißhandlung gebracht werden können oder nicht.

Die Rev. meint, es fehle ganz allgemein an Aufklärung darüber, ob der Angekl. aus „gefühlloser Gesinnung" gehandelt habe; von einer solchen könne nur im Sinne einer fortdauernd wirksamen Charakteranlage gesprochen werden, und in dieser Richtung hätten Feststellungen zuungunsten des Angekl. nicht ohne weitere Ermittelungen — z. B. eine Vernehmung seines Arbeitgebers — getroffen werden können, zumal das LG. selbst feststelle, daß der Angekl. in nüchternem Zustand seine Familie im allgemeinen anständig behandelt und auch gut für sie gesorgt habe. Diese Meinung geht zu weit. Nach der Rspr. (vgl. neuestens RGUrt. v. 23. Mai 1938, 5 D 271/38: JW. 1938, 1879[8]) ist das Wirken einer „gefühllosen Gesinnung" ein wichtiges Kennzeichen der „rohen" Mißhandlung i. S. des § 223 b StGB. Aber diese gefühllose Gesinnung ist nicht notwendig eine dauernde Charaktereigenschaft, sondern kann, wenn auch wohl meist infolge einer gewissen Neigung des Täters, auch als ein nur vorübergehender Zustand bemerkbar werden; mit dem Wesen der rohen Mißhandlung steht es auch nicht schlechthin in Widerspruch, daß der Täter gereizt und dadurch zu dem Vorgehen gegen den Mißhandelten hingerissen worden ist. Auch unter solchen Umständen ist eine Mißhandlung dann als roh anzusehen, wenn sich in ihr zeigt, daß der Täter bei seiner Tat für das Leiden des Mißhandelten das notwendig als Hemmung wirkende Gefühl verloren hat, das sich in gleicher Lage bei jedem verständig und menschlich denkenden Volksgenossen auf der Grundlage des gesunden Volksempfindens eingestellt haben würde. Eine so gekennzeichnete „gefühllose Gesinnung" in Verbindung mit dem Bewußtsein von den offenbar zu erwartenden Auswirkungen der Tat ergibt dann auch schon den inneren Tatbestand der „rohen Mißhandlung" i. S. des § 223 b StGB. (vgl. RGSt. 62, 160).

Auf der Grundlage dieser Auffassung des Begriffs „roh mißhandeln" besteht kein durchgreifendes Bedenken dagegen, daß das LG. bei dem (zweiten) Vorfall v. 20. April 1937 ein nach dem § 223 b StGB. strafbares Verhalten des Angekl. in den zahlreichen und schweren Schlägen gesehen hat, die der Angekl. gegen den Kopf des erst 2 bis 3 Jahre alten Knaben, und zwar in die Ohrengegend, führte, so daß noch tagelang Schmerzen und blutunterlaufene Stellen als Folgen der Schläge bestanden. Eine solche Behandlung des noch zarten Kopfes eines so kleinen Kindes kann weder durch eine Erregung des Angekl. über das Bettnässen noch als Erziehungsmaßregel entschuldigt werden. Dagegen fehlt, wie die Rev. mit Recht bemerkt, bei den beiden anderen Fällen ausreichende Klarheit über den Sachverhalt, und zwar bei dem ersten Vorfall namentlich mit Bezug auf den inneren, bei dem zweiten schon mit Bezug auf den äußeren Tatbestand.

Bei dem ersten Vorfall von Anfang April 1937 erhellt nämlich aus den Urteilsausführungen nicht, ob es dem Willen des Angekl. entsprach, oder ob er wenigstens darauf gefaßt war, daß das Kind gegen die Wand stieß. Auch verneinenden Falles läge zwar eine Mißhandlung schon darin, daß der Angekl. in einem Anfall von Wut über die Belästigung durch das Bettnässen das Kind „mit aller Wucht auf den Diwan warf"; aber da angenommen werden kann, daß der Diwan ziemlich weich gepolstert war — nichts Gegenteiliges ist festgestellt —, so brauchte die Mißhandlung in diesem Falle nach dem Sinne des Angekl. nicht so grob zu sein, daß sie als „roh" bezeichnet und dem § 223 b StGB. unterstellt werden müßte. Bei dem dritten Vorfall v. 22. Mai 1937 fehlt es im Urteil des LG. an einer Feststellung über die Umstände, insbes. die damals herrschende Witterung. Das damals noch nicht dreijährige Kind aus dem Schlummer zu reißen und, obgleich es an Durchfall litt, barfuß in die mit Steinpflaster versehene Küche zu führen, damit es dort seine Notdurft verrichte, war zwar hart und rücksichtslos und bei dem damaligen körperlichen Zustande des Knaben als Erziehungsmaßregel ungeeignet, immerhin aber brauchte darin mit Rücksicht auf die Neigung des Kindes zum Bettnässen noch keine Roheit i. S. des § 223 b StGB. zu liegen, wenn es damals, im letzten Drittel des Monats Mai, so warm war und wenn das Kind vielleicht an Barfußgehen so sehr gewöhnt war, daß man keine ernste Schädigung der Gesundheit des Kindes zu befürchten brauchte.

(RG., 1. StrSen. v. 19. Aug. 1938, 1 D 441/38.)

*

4. OLG. — § 370 Ziff. 5 StGB. Weihnachtsbäume sind nicht Gegenstände des hauswirtschaftlichen Verbrauchs.

Der Angekl. ist wegen Diebstahls zu einer Gefängnisstrafe verurteilt worden, weil er am 20. Dez. 1937 einen dem Händler K. gehörenden, zum Verkauf bereitgelegten Tannenbaum weggenommen hat. Den Tannenbaum wollte er als Weihnachtsbaum verwenden.

Die Rev. gegen dieses Urteil wird darauf gestützt, daß das AG. zu Unrecht die Anwendung des § 370 Ziff. 5 StGB. verneint habe. Diese Rüge ist unbegründet. Nach § 370 Ziff. 5 StGB. wird mit Geldstrafe oder Haft bestraft, wer Nahrungs- oder Genußmittel oder andere Gegenstände des hauswirtschaftlichen Verbrauchs in geringer Menge oder von unbedeutendem Wert zum alsbaldigen Verbrauch entwendet. Mit dieser Strafbestimmung hat das Gesetz nur die Befriedigung leiblicher (materieller) Bedürfnisse im Auge, wie die Zusammenstellung von Nahrungs- und Genußmittel und der Gebrauch des Wortes „andere" erweist, der eben auf jene ihrer Natur nach gleichen Gegenstände des häuslichen Bedarfs hindeutet (zu vgl. RGSt. 47, 267). Bei der Verwendung eines Tannenbaums zur Ausschmückung der Weihnachtsstube handelt es sich dagegen um Befriedigung eines ideellen Bedürfnisses. Hier hat auch die weitere Erwägung Platz zu greifen, daß es sich bei der Verwendung des entwendeten Gegenstandes des hauswirtschaftlichen Verbrauchs immer um eine *bestimmungsgemäße* Verwendung, also um eine *hauswirtschaftliche* Verwendung handeln muß. Die Verwendungshandlung muß also in das Gebiet des Wirtschaftlichen fallen. Unter Wirtschaft wird aber nach natürlichem Sprachgebrauch nur die planmäßige Verfolgung der *materiellen* Bedürfnisbefriedigung verstanden. Dagegen kann die Pflege einer christlichen Sitte bzw. eines Volkstumsbrauchs, die sich in der Aufstellung und Ausschmückung eines Weihnachtsbaums vollzieht und der Befriedigung eines seelischen Bedürfnisses dient, nicht als ein Wirtschaftsvorgang angesprochen werden.

Schließlich muß es sich in der angezogenen Strafbestimmung um Gegenstände handeln, die *durch* ihre Verwendung als solche zu bestehen aufhören, mithin dadurch untergehen und aufgezehrt werden. Die Verwendung eines Tannenbaums im Weihnachtszimmer geschieht aber lediglich in der Form der Betrachtung, und die Zerstörung infolge Austrocknung steht in keinem Zusammenhang mit seiner Verwendung als Betrachtungsgegenstand. Anders würde die Sachlage nur dann sein, wenn der Baum zu Heizungszwecken verwendet werden sollte. Diese Schutzbehauptung hat der Angekl. sich aber nicht zu eigen gemacht.

(HansOLG., 1. StrSen., Urt. v. 27. Juli 1938, Ss 53/38.)

Strafprozeßordnung

5. RG. — § 261 StPO. Es ist unzulässig, aus überreichten Büchern bestimmte einzelne Beweistatsachen zu entnehmen, die nicht Gegenstand der Verhandlung und der Erörterung durch den Angekl. gewesen sind, und diese im Urteil zu verwerten. †)

Begründet ist die Rüge, die StrK. habe in ihrem Urteil zur Überführung des Angekl. Beweisstoff verwandt, der kein Gegenstand der Verhandlung gewesen sei (§ 261 StPO.).

Aus dem von dem Verteidiger in der Verhandlung überreichten Taschenrezeptierbuche von Dr. Z. war in der Verhandlung lediglich das vorgetragen worden, was es über das „Psoramittel" enthielt. Das Urteil erwähnt aber als besonders wichtiges Beweisanzeichen gegen den Angekl., daß das weitere Mittel „Arcanum 3", das der Angekl. der Frau S. am 25. Mai 1937 verordnet hatte, ausweislich des Rezeptierbuches ein „Spezialmittel" gegen Geschlechtskrankheiten sei. Die beteiligten Richter haben hierzu ausdrücklich bestätigt, daß diese Stelle des Rezeptierbuches in der Verhandlung nicht vorgetragen worden sei, das Gericht habe von ihr erst in der Beratung Kenntnis genommen.

Das verstieß gegen § 261 StPO. Es ist zwar in der Rspr. als zulässig bezeichnet worden, daß ein Sachverständiger dem Gericht zur Benutzung in der Beratung Schriftwerke zur Verfügung stellt, auf die er sich bei seinen Ausführungen gestützt hat, ohne daß aus den Büchern selbst vorgetragen worden ist (vgl. RGUrt. 2 D 345/31 v. 25. Jan. 1932 S. 13, insoweit nicht veröffentlicht). In jenem Falle dienen die Werke aber nur dazu, dem Gericht die wissenschaftlichen Grundlagen des Sachverständigengutachtens erläuternd vor Augen zu führen. Das hält sich in dem allgemeinen Rahmen des in der Hauptverhandlung erörterten Verhandlungsstoffes. Keinesfalls kann es als zulässig angesehen werden, daß aus überreichten Büchern bestimmte einzelne Beweistatsachen entnommen werden, die überhaupt nicht Gegenstand der Verhandlung gewesen sind und zu denen der Angekl. daher gar keine Stellung hat nehmen können. Das Gericht hätte, wollte es ordnungsmäßig verfahren, nach Aufdeckung jenes Beweismittels in dem Buche während der Beratung erneut in die Beweisaufnahme eintreten müssen, die betreffenden Stellen des Buches verlesen und dem Angekl. Gelegenheit zur Verteidigung geben müssen.

Es läßt sich nicht ausschließen, daß das Verfahren auf dem Mangel beruhen kann, da der Angekl. möglicherweise über dieses Mittel noch anderweite Angaben gemacht hätte, die die Würdigung der StrK. hätten beeinflussen können, wenn ihm Gelegenheit zur Äußerung gegeben worden wäre. Der Mangel nötigt daher, das Urteil aufzuheben.

Es mag gegenüber den Ausführungen der Rev. noch darauf hingewiesen werden, daß es für die Frage, ob eine verbotene Behandlung i. S. des § 7 Abs. 1 des Ges. zur Bekämpfung der Geschlechtskrankheiten vorliegt, nicht darauf ankommt, ob der Behandelte wirklich an einer Geschlechtskrankheit oder an einer Krankheit oder an einem Leiden der Geschlechtsorgane erkrankt ist. Auch die Behandlung und selbst die Untersuchung einer nur vermeintlichen Krankheit oder eines irrig angenommenen Leidens der Geschlechtsorgane ist verboten und strafbar (RGSt. 63, 85/88, 197, 199/202; 64, 388, 391; RGUrt. 1 D 500/36 v. 9. April 1937: JW. 1937, 1834 [118]).

(RG., 4. StrSen. v. 16. Aug. 1938, 4 D 456/38.)

Anmerkung: Der vorl. Entscheidung ist nachdrücklichst zuzustimmen.

I. Das RG. hat in seiner bisherigen Rspr. stets daran festgehalten, daß der in § 261 StPO. aufgestellte Grundsatz der Unmittelbarkeit und Mündlichkeit des Strafverfahrens von den Gerichten unbedingt innezuhalten ist (vgl. JW. 1937, 3102 [31]). Der Gesetzgeber hat klar die Grenzen bzgl. des Tatsachenmaterials gezogen, das der Urteilsfällung zugrunde gelegt werden darf. Sicher ist, daß der einzelne Richter Erinnerungsstützen benützen darf, um sich den Gang der Hauptverhandlung in Erinnerung zu rufen, z. B. eigene Niederschriften. Es ist aber nicht gestattet, daß das Gericht Beweismomente aus Tatsachen entnimmt, die nicht Gegenstand der Hauptverhandlung gewesen sind (RGSt. 1, 81). In diesem Falle wird das mündliche Verfahren zu einem geheimen Aktenprozeß, in welchem der Angekl. nicht die Möglichkeit hat, sich in dem in der StPO. vorgesehenen Maße zu verteidigen. Da in dem vorl. Falle eine Beweistatsache benutzt worden ist, die nicht Gegenstand der mündlichen Verhandlung war, so hat das erstinstanzliche Gericht gegen einen Fundamentalsatz des deutschen Strafverfahrens verstoßen. Von einer erlaubten Ergänzung von Erinnerungslücken des richterlichen Kollegiums kann hier unter keinen Umständen gesprochen werden.

II. Die Ausführung zu § 7 Abs. 1 GeschlKrG. stimmt mit der ständigen Rspr. und der allgemeinen Ansicht in der Rechtswissenschaft überein.

RA. und Notar Dr. Otto Rilk, Berlin.

Zivilrecht

Bürgerliches Gesetzbuch

**** 6. RG. — § 242 BGB. Wegfall der Geschäftsgrundlage rechtfertigt die Aufhebung eines Vertrages nur, wenn das Festhalten des Vertragsgegners an einem unter anderen wirtschaftlichen Verhältnissen geschlossenen Vertrage gegen Treu und Glauben verstößt.**

§§ 242, 765 BGB. Ob das Festhalten an einer Bürgschaftsverpflichtung wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage gegen Treu und Glauben verstößt, ist besonders sorgfältig zu prüfen und nicht schon deshalb zu bejahen, weil die Beteiligten die Bilanzen des Schuldners auf seine Geschäftslage hin geprüft hatten, diese aber seine Überschuldung nicht im ganzen Umfange angaben.

Die Firma Geschwister Ga., deren Mitinhaber die Kl. sind, standen mit der Firma Gü., der Bekl. zu 1, deren Mitinhaber die Bekl. zu 2 und 3 sind, in Geschäftsverbindung. Die erstgenannte Firma Ga. ist eine Krawattenstoffweberei und lieferte an die Firma Gü. Krawattenstoffe; sie hatte gegen diese Firma eine erhebliche Forderung. Im Mai 1932 kam zwischen den Beteiligten ein Abkommen zustande, wonach auch von anderen Lieferanten Ware an die Firma Gü. zu liefern war, die Rechnungen jedoch an die Firma Ga. einzusenden waren; diese beglich die Rechnungen, berechnete aber einen Aufschlag gegenüber der Firma Gü. Geliefert hat u. a. auch die Bekl. zu 4. Der Treuhänder St., der bereits seit dem August 1931 im Auftrage der Firma Gü. als Treuhänder für diese tätig war und die Geschäftsführung dieser Firma weiterhin überwachen sollte, fertigte in der Folgezeit Bilanzen an, über deren Richtigkeit die Parteien streiten. Gegen Ende des Jahres begannen Verhandlungen zwischen den beteiligten Firmen und dem Treuhänder — St., seit Anfang 1933 dessen Nachfolger J. —, nach denen die Geschäftsbeziehungen mit der Firma Ga. auf eine andere Grundlage gestellt werden sollten. Unter dem 27. Jan. 1933 richtete die Bekl. zu 4 an die Firma Ga. folgendes Schreiben:

„Wir haben mit der Firma Gü. ein Abkommen getroffen, wonach wir diese mit Krawattenstoffen beliefern gegen drei Monatsakzepte, die einen Monat nach der Lieferung auszustellen sind. Der Kredit soll einesteils die Firma Gü. unterstützen, anderenteils aber auch dazu dienen, alle alten Verbindlichkeiten dieser Firma zu tilgen. Mit Rücksicht darauf, daß Sie die Firma Gü. bisher allein durch Ihre Kredite aufrechterhalten haben, übernehmen wir hiermit Ihnen gegenüber die Bürgschaft für Ihre gesamten Forderungen aus Lieferungen an die Firma Gü., die vor dem 1. Jan. 1933 erfolgten. Wir erwarten, daß Gü. in der Lage sein wird, seine alten Verbindlichkeiten Ihnen gegenüber bis Anfang Mai 1933 abzudecken. Sollte jedoch bis zu diesem Zeitpunkt völlige Abdeckung nicht möglich sein, so werden wir die Firma Gü. ermächtigen, bei den Regulierungen jeweils 10% von unseren Rechnungen in Abzug zu bringen und uns auf ein Sonderkonto als Darlehen gutzuschreiben so lange, bis alle alten Verbindlichkeiten abgedeckt sind.

Das auf diese Weise entstehende Darlehnskonto soll dann allmählich abgedeckt werden, so wie es die geldliche Lage der Firma gestattet."

Die Firma Ga. hat die Kl. ermächtigt, ihre Ansprüche aus der Bürgschaft im eigenen Namen geltend zu machen. Die Kl. verlangen von den vier Bekl. als Gesamtschuldnern Zahlung von 16000 *RM* an die Firma Geschwister Ga., indem sie geltend machen, daß deren Forderung gegen die Firma Gü. aus der Zeit vor dem 1. Jan. 1933 mindestens noch in dieser Höhe bestehe. Die Bekl. zu 1, die Firma Gü., sowie die Bekl. zu 2 und 3, die Eheleute Gü., sind im ersten Rechtszuge durch Versäumnisurteil nach dem Klageantrage verurteilt worden. Die Klage gegen die Bekl. zu 4 ist vom LG. wie auch vom BG. abgewiesen worden.

Das RG. hob dieses Urteil, soweit es die Bekl. zu 4 betrifft, auf, erklärte den Klageanspruch gegenüber der Bekl. zu 4 dem Grunde nach für gerechtfertigt und verwies zur weiteren Verhandlung über die Höhe des Anspruchs zurück.

Die Bekl. zu 4 (künftig die Bekl. genannt) hat ihren Antrag auf Klageabweisung darauf gestützt, daß sie ihre Bürgschaftsverpflichtungen wegen arglistiger Täuschung und wegen Irrtums angefochten habe. Das BG. geht zugunsten der Bekl. davon aus, daß ihr Schreiben v. 3. Mai 1933 als Anfechtung des Bürgschaftsvertrages angesehen werden könne; die Bekl. hat darin mit näherer Begründung erklärt, daß sie sich nicht mehr an ihre Bürgschaftserklärung gebunden fühle, da die Voraussetzungen, unter denen sie die Erklärung abgegeben habe, so vollkommen geändert worden seien, daß man ihr nicht mehr zumuten könne, ihre Zusage aufrechtzuerhalten. Es kann dahinstehen, ob dieser Inhalt des Schreibens vom 3. Mai 1933 der Voraussetzung des § 143 BGB. entspricht, denn die Erwägungen, mit denen das BG. die sachlichen Voraussetzungen der Anfechtung im vorliegenden Fall verneint, beruhen nicht auf Rechtsirrtum. Die Bekl. hat ihre Verpflichtung aus der Bürgschaftserklärung mit folgender Begründung abgelehnt: Die von dem Treuhänder St. zum 31. Okt. 1932 aufgestellte Bilanz sei unrichtig gewesen, weil sie die Verpflichtungen der Firma Gü. insbes. gegenüber der Firma Ga. zu niedrig angegeben habe. Die Unrichtigkeit sei dem Vertreter der Firma Ga., Karl Ga., bekannt gewesen. Diese Bilanz sei aber die Grundlage ihrer Bürgschaftsverpflichtung gewesen. Das BG. prüft zunächst die Frage der Unrichtigkeit der Bilanz. Es hält auf Grund des Gutachtens des von ihm vernommenen Sachverständigen für erwiesen, daß die Bilanz objektiv falsch war. (Wird näher ausgeführt.)

Das BG. hält jedoch nicht für erwiesen, daß Karl Ga., der Bevollmächtigte der Firma Ga., die Unrichtigkeit der Bilanz gekannt hat. Deshalb verneint es das Vorliegen einer arglistigen Täuschung. Ebenso hält es auch die Anfechtung der Bürgschaftserklärung wegen Irrtums nicht für begründet; es liege insbes. kein Irrtum über eine wesentliche Eigenschaft der Firma Gü. vor. Die Bekl. habe gewußt, daß Gü. überschuldet war; sie sei auch über seine Persönlichkeit im übrigen nicht im Irrtum gewesen; sie habe sich lediglich über den Umfang der Verschuldung geirrt; das Maß der Verschuldung, auf das sich hier der Irrtum bezogen habe, sei jedoch keine vom Verkehr als wesentlich angesehene Eigenschaft einer Person, wenn sie auch für den einzelnen Geschäftsabschluß von ausschlaggebender Bedeutung sein könne. Die insoweit zugunsten der Kl. getroffene Entscheidung beruht auf tatsächlichen Erwägungen und enthält eine zutreffende rechtliche Beurteilung. Insbes. hat das BG. nicht verkannt, daß der Tatbestand des § 119 Abs. 2 BGB. nicht einen Irrtum über die Eigenschaften des anderen Vertragsteils voraussetzt; auch der Irrtum über die Eigenschaften einer dritten Person kann für den Inhalt und den Zweck eines Vertrags von Bedeutung sein (Gruch. 52, 925). Zutreffend erwägt das BG. auch, daß die Eigenschaft einer Person nach der Vorschrift des Gesetzes für den einzelnen Fall nur dann rechtlich bedeutsam ist, wenn sie im Verkehr als wesentlich angesehen wird.

Dagegen gelangt das BG. aus einem anderen Grunde zur Abweisung der Klage. Es erwägt im wesentlichen folgendes: Die Vermögenslage der Firma Gü. sei wesentlich ungünstiger gewesen, als die Bekl. angenommen habe. Maßgebend für die Übernahme der Bürgschaft sei die Rentabilität der Schuldnerin gewesen; die Ertragsfähigkeit habe sich aus den Bilanzen ergeben sollen. Die Darstellung der Kl. gehe dahin, ausschlaggebend sei die Tatsache gewesen, daß die Geschäftsführung der Schuldnerin von einem Treuhänder überwacht werde und dann mit einem guten Gang des Geschäfts zu rechnen gewesen sei. Diese Darstellung sei aber schon in sich mangelhaft. Die Prüfung durch einen Treuhänder bringe noch keinen Aufschwung des Geschäfts mit sich. Für den Kaufmann gebe es nur zwei ausschlaggebende Umstände: Die Bilanz und die Rentabilität. Auch die Firma Ga. sei nur mit Rücksicht auf den Aufstieg des Geschäfts in erneute Verhandlungen mit der Firma Gü. getreten. Die Bekl. möge bereit gewesen sein, ein gewisses Wagnis bei den Lieferungen an die Schuldnerin zu übernehmen. Dies Wagnis habe schon in der Geschäftsverbindung mit einer verschuldeten Firma und in einer etwaigen späteren Verschlechterung der Geschäftslage bestanden; es könne aber nicht angenommen werden, daß die Bekl. an eine Firma habe liefern wollen, die regelmäßig mit Verlusten gearbeitet habe. Nach alledem sei es nicht zweifelhaft, daß den Verhandlungen die von St. angefertigten Zwischenbilanzen zugrunde gelegen hätten. Die Besonderheit des Falles liege darin, daß nicht nur die Bekl., sondern auch der Bevollmächtigte der Kl. von der Richtigkeit der Bilanz ausgegangen sei und sich insoweit über die Grundumstände geirrt habe, die zur Bürgschaftserklärung geführt hätten. Deshalb könne der Bekl. nicht zugemutet werden, auch nur für einen Teil der Verbindlichkeiten der Schuldnerin einzustehen, also auch nicht etwa in Höhe der Bilanz des St. Sie habe damit rechnen können, bei dem langsamen Aufstieg des Geschäfts aus der Bürgschaft mit keinem Pfennig in Anspruch genommen zu werden; voraussichtlich werde sie aber bei der Schuldnerin niemals Regreß nehmen können. Es sei bei den Verhandlungen nicht auf die Höhe der Unterbilanz an sich, sondern auf die sich aus den einzelnen Bilanzen ergebende Rentabilität der Schuldnerin angekommen. Es sei unerheblich, daß die Kl. auch jetzt noch die Bilanz des St. für richtig hielten. Nach der Rspr. des RG. komme es in solchem Falle nur darauf an, ob das, was die Parteien als richtig angenommen hätten, sich als unrichtig herausstelle. Es sei auch nicht ausschlaggebend, daß sich der Irrtum auf die Person eines Dritten, den Schuldner, bezogen habe.

Diese Begründung muß in dem entscheidenden Punkt rechtlich beanstandet werden. Der erk. Sen. hat es in der Entsch. RGZ. 146, 376 (JW. 1935, 1548[2]) als nicht ausgeschlossen bezeichnet, daß auch ein Bürgschaftsvertrag derart auf bestimmten, bei Abschluß des Vertrags zutage getretenen Vorstellungen der Vertragsparteien beruhe, daß die Geltendmachung der Bürgschaftsansprüche beim Fehlen oder Wegfallen jener Grundlage gegen § 242 BGB. verstoßen könne; es ist aber hinzugefügt worden, daß bei Anwendung dieses Grundsatzes auf die Bürgschaft besondere Vorsicht geboten sei, weil der Gläubiger durch die Verpflichtung des Bürgen nur ein Recht erwerben solle; es werde im allgemeinen näher liegen, jenen Vorstellungen nur dann Bedeutung zuzumessen, wenn sie in eine Beziehung zum Inhalt des Vertrages in der Form der Bedingung gesetzt würden. Daran ist festzuhalten. Im vorliegenden Fall wäre es von vornherein nicht zu verstehen, daß die Übernahme einer Bürgschaft auf eine so unsichere Grundlage gestellt sein sollte, wie es nach der Auffassung des BG. der Fall sein würde. Nach der im BU. zunächst ausgesprochenen Annahme des BG. bildete die Überzeugung von der Richtigkeit einer — und zwar ganz bestimmten — Bilanz die Grundlage der Vertragsverhandlungen. Das BG. prüft nun die Richtigkeit dieser Bilanz und erörtert die Frage, ob außer den aufgenommenen Posten noch andere Verbindlichkeiten hätten aufgenommen werden müssen. Es bezeichnet diese Frage zum Teil als zweifelhaft, gelangt aber doch auf Grund des Gutachtens eines Sachverständigen zu dem Ergebnis, daß bestimmte Schuldposten bei objektiver Beurteilung aufzunehmen gewesen wären; es nimmt die Unrichtigkeit der Bilanz auch wegen dieser hinsichtlich der Notwendigkeit der Aufnahme nicht unzweifelhaften Posten an, indem es unterstellt, daß der Hersteller der Bilanz, St., ein

bestimmtes Journalblatt nicht zur Verfügung gehabt habe. Es ist nicht ersichtlich, wie bei einer solchen Sachlage eine nachträgliche anderweitige Ermittlung des Bilanzstandes dazu führen soll, daß nunmehr die Geltendmachung des Bürgschaftsanspruchs gegen Treu und Glauben verstoßen soll, insbes. wenn der Gläubiger, wie im vorliegenden Fall, bezüglich dieser Posten die Richtigkeit der Bilanz nach wie vor für gegeben hält und auch das BG. nicht in allen Punkten, in denen die Bekl. die Bilanz für unrichtig hält, ihrer Auffassung folgt. In erster Linie sieht das BG. die Bilanz bezüglich weiterer Posten als unrichtig an, weil es annimmt, daß dem Treuhänder St. entgegen seiner Darstellung ein bestimmtes Journalblatt vorgelegen hat. In zweiter Reihe erwägt es aber auch den Fall, daß dem Treuhänder dieses Blatt nicht vorgelegen hat, und erörtert die zahlenmäßige Bedeutung der Bilanz auch für diesen Fall. Im ersten Fall würde die Richtigkeit der Bilanz nach der gegenständlichen Seite und bei Aufstellung durch einen beliebigen Sachkundigen, im anderen Fall vom Gesichtspunkt der Aufstellung gerade durch eine bestimmte Person und nach dem, was gerade diesem Sachkundigen vorgelegen hat, festgestellt werden. Das BG. scheint beide Möglichkeiten für beachtlich zu halten. Man sieht, auf wie unsichere Verhältnisse danach die Wirksamkeit einer Verpflichtung begründet werden soll, die dem Gläubiger lediglich einen Vorteil bringen soll.

Das BG. spricht aber weiterhin den Zwischenbilanzen die Bedeutung zu, daß sie den Verhandlungen zugrunde gelegen haben; andererseits hält es nicht die Höhe der Unterbilanzen an sich, sondern die aus den einzelnen Bilanzen sich ergebende Rentabilität der Firma Gü. für maßgebend. In diesem Zusammenhang führt es aus, die Bekl. habe damit rechnen können, bei dem langsamen Aufstieg des Geschäfts aus der Bürgschaft mit keinem Pfennig in Anspruch genommen zu werden. Andererseits nimmt es an, die Bekl. möge bereit gewesen sein, ein gewisses Wagnis bei den Lieferungen an die Schuldnerin zu übernehmen; dieses habe schon in der Geschäftsverbindung mit einer überschuldeten Firma und einer etwaigen demnächstigen Verschlechterung der Geschäftslage bestanden.

Wie beide Erwägungen miteinander vereinigt werden können, ist nicht einzusehen. Einmal hat die Bekl. selbst nicht damit gerechnet, sie werde mit keinem Pfennig aus der Bürgschaft in Anspruch genommen werden; das ergibt die Bürgschaftsurkunde selbst. Die Bekl. spricht darin nach bedingungsloser und sachlich von ihr begründeter Bürgschaftsübernahme lediglich die Erwartung aus, die Schuldnerin werde in der Lage sein, ihre alten Verbindlichkeiten der Firma Ga. gegenüber bis Anfang Mai 1933 abzudecken; sollte das aber nicht möglich sein, so würde sie die Schuldnerin ermächtigen, jeweils 10% der Rechnungen der Bekl. in Abzug zu bringen und auf ein Sonderdarlehnskonto bis zur Abdeckung der alten Verbindlichkeiten — also der vor dem 1. Jan. 1933 entstandenen Forderungen der Firma Ga. — zu übertragen; dieses solle allmählich abgedeckt werden, wie es die geldliche Lage der Firma gestatte. Die Bekl. wollte also für den durchaus erwogenen Fall, daß die Schuldnerin ihre alten, durch die Bürgschaft der Bekl. gesicherten Verbindlichkeiten der Firma Ga. gegenüber nicht erfülle, die Schuldnerin in den Stand setzen, ihre Verpflichtung mit Mitteln zu erfüllen, die sonst der Bekl. zugeflossen wären. Sodann hat aber naturgemäß auch die Gläubigerin, die Firma Ga., damit gerechnet, daß die Bürgin aus der Bürgschaft werde in Anspruch genommen werden können; es ist nicht ersichtlich, warum ein Gläubiger sonst sich überhaupt durch eine Bürgschaft sichern sollte.

Daß Zwischenbilanzen ihrer Natur nach nicht ohne weiteres eine sichere Grundlage für die Beurteilung der geschäftlichen Lage des Kaufmanns bieten können, ist den Beteiligten gewiß nicht entgangen. Sieht man im vorliegenden Falle die Zwischenbilanzen auf die Höhe des Gewinns an, den das BG. im Tatbestand des BU. hervorhebt, so ergibt sich, daß der Gewinn nach der Aufstellung des St. betrug: im Juni 1932 rund 1100 *RM*, im Juli rund 735 *RM*, im August rund 1020 *RM*, im September rund 1563 *RM*, im Oktober rund 1378 *RM*. Die Kapitalunterdeckung war — auf Tausend Reichsmark abgerundet —: Ende Juni 1932: 8000, Juli 8000, August 7000, September 6000, Oktober 5000 *RM*. Daß objektiv betrachtet eine wesentliche Besserung der Geschäftsentwicklung mit Sicherheit daraus entnommen und von einem geschäftsgewandten Kaufmann bei der Prüfung, ob er daraufhin eine Bürgschaftsverpflichtung übernehmen solle, als maßgebende Grundlage für seine Entschließung betrachtet werden könnte, ist nach der Lebenserfahrung nicht wahrscheinlich. In Wirklichkeit hat die Bekl. in der Bürgschaftsurkunde selbst ihre Interesseneinlage und diejenige der Firma Ga. deutlich zum Ausdruck gebracht: Sie hat insbesondere erklärt, sie übernehme die Bürgschaft für die vor dem 1. Jan. 1933 entstandenen Forderungen der Firma Ga., weil diese bisher allein durch ihre Kredite die Firma Gü. aufrechterhalten habe; das war auch der Bekl. zugute gekommen, weil sie die Zahlung für ihre bisherigen Lieferungen von der Firma Ga. erhalten hatte. Das Risiko für die künftigen Lieferungen wurde dagegen von der Firma Ga. und der Bekl. in gleicher Weise getragen.

Das BU. leidet daran, daß die Besonderheit des einseitigen Bürgschaftsvertrags nicht berücksichtigt worden ist. Daß gerade auf diesem Rechtsgebiet die Bedeutung der Geschäftsgrundlage mit besonderer Vorsicht zu beurteilen ist, ist nicht nur in der oben angeführten Entscheidung, sondern auch sonst von dem erk. Sen. hervorgehoben worden. Es sei hier verwiesen auf die Entsch. v. 18. Juni 1934, VI 51/34 (JW. 1934, 2685 [3]), wo auch betont wird, daß der Wegfall der Geschäftsgrundlage für sich allein keinen Grund zur Aufhebung eines Vertrags bildet, sondern daß es darauf ankommt, ob das Festhalten des Vertragsgegners an einem unter anderen wirtschaftlichen Verhältnissen geschlossenen Vertrag gegen Treu und Glauben verstoße; ferner auf die neueste Entsch. des Senats zu dieser Frage v. 23. Juli 1938, VI 12/38. Ebenso ist im Falle eines Kaufvertrags vom V. ZivSen. des RG. in der Entsch. v. 28. April 1934, V 25/34: HöchstRRspr. 1934 Nr. 1345 dargelegt, daß die Frage, ob die Erfüllung eines Vertrags wegen beiderseitigen Irrtums über die Geschäftsgrundlage verweigert werden könne, einer besonders vorsichtigen Prüfung bedürfe und daß dabei gemäß § 242 BGB. alle Umstände des Falls zu berücksichtigen seien. Die vom BG. herangezogenen Entsch. betrafen einen wesentlich anderen Sachverhalt. Es ist nicht unbeachtlich, daß in den Entsch. aus der neueren Zeit (RGZ. 153, 356 = JW. 1937, 1149 [6]; RGZ. 152, 403 = JW. 1937, 678 [4]; RGZ. 122, 200), in denen der Wegfall der Geschäftsgrundlage als wesentlich erklärt wurde, den Gegenstand der Rechtsbeziehungen der Parteien ein Vergleich bildete, bei dem das beiderseitige Nachgeben und die Frage, ob es in jedem Falle bei den engeren Grenzen des § 779 BGB. verbleiben müsse, eine besondere Rolle spielte. Es würde aber eine nicht tragbare Rechtsunsicherheit auf dem Gebiete des Bürgschaftsrechts eintreten, wenn man im vorliegenden Fall, wo das BG. die von der Bekl. behauptete arglistige Täuschung und den Irrtumstatbestand ohne Rechtsirrtum verneint hat, dem Gläubiger bei Verfolgung seines Bürgschaftsanspruchs einen Verstoß gegen Treu und Glauben vorwerfen wollte.

Hiernach war der Rev. der Kl. gegenüber der Bekl. stattzugeben. Der festgestellte Sachverhalt rechtfertigt es, den Klageanspruch gegenüber der Bekl. zu 4 gemäß § 565 Abs. 3 Nr. 1 ZPO. dem Grunde nach für gerechtfertigt zu erklären und die Sache zur Verhandlung über die Höhe des Anspruchs an das LG. zurückzuverweisen.

(RG., VI. ZivSen., U. v. 3. Aug. 1938, VI 247/37.)

[B.-K.]

*

**** 7. RG. — § 530 BGB. Eine grobe Verfehlung, die den Widerruf der Schenkung begründet, kann der Beschenkte auch durch Unterlassung begehen, wenn er sittlich zum Handeln verpflichtet ist.**

Die klagenden Eheleute behaupten, der bekl. Ehefrau, die die Tochter der klagenden Ehefrau und die Stieftochter des klagenden Ehemannes ist, das dem Rentner R. abgekaufte Grundstück F. Bl. 401 mit Haus und Inventar geschenkt zu haben. Sie haben diese Schenkung wegen groben Undanks der

Beschenkten widerrufen. Den Widerruf stützen sie auf die Behauptung, der Erstbekl. habe sie unter dem Beistande seiner Ehefrau beschimpft, tätlich angegriffen und mehrfach mißhandelt.

Sie klagen deswegen gegen die Zweitbekl. auf Rückauflassung und Herausgabe des Grundstücks mit allem Zubehör und gegen beide Bekl. auf Räumung der Wohnung, die die Bekl. auf dem Grundstück innehaben. Das LG. hat antragsgemäß verurteilt.

Das BG. hat auf Klageabweisung erkannt. Das RG. hat aufgehoben und zurückverwiesen.

Das BG. beschäftigt sich zunächst mit der Frage, ob überhaupt eine Schenkung des Grundstücks mit dem darauf errichteten Wohngebäude oder nicht vielmehr nur eine Schenkung des beim Kauf des Grundstücks dafür erlegten Kaufgeldes und des Baumaterials für das Haus, und als Anspruch der Kl. dann auch nur ein Geldanspruch in Betracht kommen könne, läßt das aber dahingestellt, weil jedenfalls ein Recht der Kl. zum Widerruf der Schenkung nicht bestehe. Während als Beschenkte nur die bekl. Ehefrau in Frage komme, habe das LG. lediglich festgestellt, daß der Erstbekl. die Kl. wiederholt bedroht, beschimpft und tätlich angegriffen habe, dagegen eine aktive Beteiligung der bekl. Ehefrau an diesen Ausschreitungen verneint. Wenn das LG. der bekl. Ehefrau zur Last lege, daß sie durch ihr ganzes Verhalten bei den Auseinandersetzungen mit den Kl. ihr Einverständnis mit dem Verhalten ihres Ehemanns bewiesen und sich eindeutig auf seine Seite gestellt habe, daß sie niemals versucht habe, die streitenden Parteien auseinanderzubringen oder ihren Ehemann zu besänftigen, daß sie sich niemals hinterher bei den Kl. entschuldigt und auch nie den Versuch einer Versöhnung zwischen ihrem Ehemann und den Kl. gemacht habe, so erfülle das entgegen der Auffassung des LG. nicht die Voraussetzungen des groben Undanks. Denn dieser müsse durch eine schwere Verfehlung bekundet worden sein, und das setze die Betätigung einer tadelnswerten Gesinnung gegen den Schenker voraus. Von einer solchen könne aber dann keine Rede sein, wenn — wie es hier der Fall sei — die Beschenkte sich in einem schweren Konflikt zwischen ihren Pflichten als Tochter und als Ehefrau befunden und dabei für den Ehemann Partei genommen habe, ohne aber gegenüber den Eltern etwas anderes als bloße Unterlassungen zu begehen.

Diese Ausführungen halten den Revisionsangriffen nicht stand.

Die Begründung, mit der das BU. eine tadelnswerte Gesinnung der bekl. Ehefrau verneint — mangels derer es dann eine schwere Verfehlung der Beschenkten gegen die Schenker nicht für vorliegend ansieht —, ist, wie die Rev. mit Recht geltend macht, keineswegs stichhaltig. Nach den vom BU. übernommenen Feststellungen des LG. hat sich der Ehemann der Beschenkten grober Ausschreitungen gegen die Kl. schuldig gemacht; so hat er auf die Kl. zu 2, seine Schwiegermutter — eine damals 65jährige Frau — derartig eingeschlagen, daß sie blutende Verletzungen davontrug; bei anderer Gelegenheit hat er die Kl. zu 2 als „polnische Edelsau" bezeichnet, beide Kl. zur Haustür hinausgeworfen und sie draußen im Regen mit den Verletzungen, die er ihnen beigebracht hatte, stehen lassen. Es bedarf keines Wortes, daß dieses Verhalten grob unsittlich war, zumal wenn man noch berücksichtigt, daß, wie hier zu unterstellen ist, die Mißhandelten der Ehefrau des Täters bedeutende Zuwendungen gemacht hatten. Die Bekl. zu 2 hat nun nach den in diesem Umfang vom BU. übernommenen Feststellungen des LG. durch ihr ganzes Verhalten ihr Einverständnis mit der Haltung ihres Ehemannes bewiesen, sich eindeutig auf seine Seite gestellt und nichts versucht, ihren Ehemann zu besänftigen oder sonst zum Guten zu wirken. Das BG. will das der bekl. Ehefrau deshalb nicht ungünstig anrechnen, weil sie sich in einem Konflikt ihrer Pflichten als Tochter und Ehefrau befunden habe. Diese Annahme findet jedoch in den tatsächlichen Feststellungen keine Stütze. Mit Recht hebt die Rev. hervor, es sei nicht ersichtlich, inwiefern die bekl. Ehefrau gegen ihre Pflichten als Ehefrau verstoßen hätte, wenn sie versucht haben würde, ihren Einfluß zum Guten geltend zu machen und ihren Mann von seinen Ausschreitungen abzuhalten. Damit hätte sie gerade auch dem richtig verstandenen Interesse ihres Ehemannes gedient. Von einem Pflichtenkonflikt kann hier also keine Rede sein. Außer der Tatsache, daß die bekl. Ehefrau beiden Kl. mit Rücksicht auf die Schenkung Dank schuldete, muß auch berücksichtigt werden, daß sich die Ausschreitungen ihres Mannes gegen ihre eigene Mutter richteten. Für die Frage, ob eine grobe Verfehlung des Beschenkten vorliegt, wird es nach heutiger Anschauung noch mehr als früher auf die Gesinnung ankommen, die aus seinem Verhalten spricht. Die Gesinnung, die hier die bekl. Ehefrau gegenüber den Kl. gezeigt hat, war häßlich und feindselig. Nur aus solcher Gesinnung heraus ist ihr passives Verhalten bei den groben Ausschreitungen ihres Ehemannes gegen die Kl. zu erklären. Nun setzt freilich eine grobe Verfehlung eine Betätigung der tadelnswerten Gesinnung voraus, doch ist dazu nicht unbedingt positives Handeln erforderlich, sondern es muß eine Unterlassung jedenfalls dann genügen, wenn nach den ganzen Umständen Handeln eine sittliche Pflicht bedeutete. So lag die Sache hier. Somit ist entgegen der Ansicht des BG. das Widerrufsrecht der Kl. aus § 530 BGB. zu bejahen.

Das BU. war daher aufzuheben und die Sache, die hinsichtlich der Frage der Schenkung selbst weiterer Aufklärung bedarf, an das BG. zu neuer Verhandlung und Entscheidung zurückzuverweisen.

(RG., IV. ZivSen., U. v. 4. Aug. 1938, IV 104/38.)
[B.—K.]

*

8. KG. — § 812 BGB. Hat ein Drittschuldner zugunsten mehrerer Gläubiger hinterlegt, so ist auch der „Gläubiger", der in Wahrheit keine Forderung gegen den hinterlegenden Drittschuldner hat und sich einer solchen Forderung nie berühmt hat, dem berechtigten Gläubiger gegenüber zur Einwilligung in die Auszahlung verpflichtet.

Die Kl. hatte wegen einer ihr gegen die Firma He. & Co., einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts, zustehenden Forderung eine Forderung dieser Firma gegen eine Frau B. pfänden und sich überweisen lassen. Der Bekl. hatte wegen einer ihm gegen He., einem Gesellschafter der oben bezeichneten Firma, zustehenden Forderung dessen angebliche Forderung gegen die oben bezeichnete Frau B. (und deren Ehemann) pfänden und sich überweisen lassen. Eine Forderung des He. bestand aber in Wahrheit nicht, sondern die Forderung gegen Frau B. stand nur der Gesellschaft zu. Dies teilte auch der Ehemann der Frau B. dem Bekl. mit. Gleichwohl hinterlegte dann Frau B. den von ihr der Firma He. & Co. geschuldeten Betrag nicht nur zugunsten der Kl. (und anderer Gläubiger), sondern auch zugunsten des Bekl. Die Kl. verlangte darauf vom Bekl. die Einwilligung in die Auszahlung des hinterlegten Betrages; der Bekl. weigerte sich mit der Begründung, daß er eine Forderung der Firma He. & Co. überhaupt nicht gepfändet habe. Nachdem dann die Kl. Klage auf Einwilligung erhoben hatte, erteilte er die Einwilligungserklärung, nachdem die Kl. ihm die Beglaubigungskosten erstattet hatte. Die Kosten des hierdurch erledigten Rechtsstreits hat das LG. dem Bekl. auferlegt.

Die gegen das Kostenurteil gerichtete sofortige Beschw. des Bekl. ist nicht begründet.

Der Einwand des Bekl., daß er kein am Hinterlegungsverfahren Beteiligter gewesen sei, weil die Drittschuldnerin gewußt habe, daß er gar nicht Gläubiger des von ihm geschuldeten Betrages gewesen sei, greift nicht durch. Beteiligter ist er dadurch geworden, daß die Drittschuldnerin auch zu seinen Gunsten hinterlegt hat, wobei es gleichgültig ist, ob diese Hinterlegung dem wahren Gläubiger gegenüber mit befreiender Wirkung geschehen ist. Auch der, der keinerlei Rechte am hinterlegten Betrag geltend machen will und der keine Veranlassung zur Hinterlegung gegeben hat, ist dem wahren Gläubiger gegenüber zur Einwilligung in die Auszahlung verpflichtet. Der Anspruch des Berechtigten ist ein solcher aus ungerechtfertigter Bereicherung: der Nichtberechtigte hat dadurch, daß auch zu seinen Gunsten hinterlegt worden ist, eine Rechtsposition erlangt, und es ist anerkannten Rechts, daß auch eine solche Position als Vermögensvorteil i. S. des § 812 BGB. anzusehen ist, und zwar auch dann, wenn damit noch kein Rechtserwerb verbunden ist. Richtig ist, daß man hiernach ohne eigenes Zutun oder gar Verschulden zum Schuldner eines Anspruchs wird; dies ist aber bei Bereicherungsansprüchen nicht selten der Fall und bedeutet für den Schuldner eines solchen Anspruchs keine Belastung, da er ja nur das ihm ungerechtfertigt Zugefallene herauszugeben, hier also die Einwilligungserklärung abzugeben braucht. Der Anspruch des berechtigten Gläubigers ge-

gen den nichtberechtigten Hinterlegungsbeteiligten wird auch dadurch nicht berührt, daß der Berechtigte die Möglichkeit hat, trotz der Hinterlegung noch gegen den hinterlegenden Drittschuldner vorzugehen, weil etwa die Voraussetzungen für eine Hinterlegung nicht gegeben waren. Es ist nicht angängig, daß der nichtberechtigte Hinterlegungsbeteiligte den Berechtigten auf den Weg der Klage verweisen will, wenn es ihm möglich ist, durch eine einfache Erklärung dem Berechtigten zu seinem Recht zu verhelfen. Unerheblich ist auch, daß dem Bekl. keine Hinterlegungserklärung zugestellt worden ist; schon durch den Umstand, daß zu seinen Gunsten hinterlegt worden ist, ist er bereichert.

(KG., 8. ZivSen., Beschl. v. 13. Sept. 1938, 8 W 3755/38.)

*

9. RG. — §§ 823, 89, 31 BGB. Hinter die Erfordernisse der Verkehrssicherheit, zu denen auch eine geregelte Überprüfung staatlicher Baulichkeiten durch leitende Beamte gehört, müssen die Gebote der Sparsamkeit zurücktreten.

Am 23. Juli 1935 ist der Kl., als er in dem Standesamtsgebäude in X. die Treppe hinunterging, zu Fall gekommen und hat sich dabei eine schwere Zerreißung der Streckmuskulatur des rechten Oberschenkels sowie einen starken Bluterguß zugezogen. Er nimmt für den ihm dadurch entstandenen Schaden das beklagte Land, in dessen Eigentum das Standesamtsgebäude steht, in Anspruch. Das BU. gelangt zu dem Ergebnis, daß die Treppe sich zur Zeit des Unfalls in einem verkehrswidrigen Zustande befunden habe, daß dieser Zustand für den Unfall des Kl. ursächlich geworden sei und daß für ihn der Bekl. die Verantwortung trage. Es führt dazu im wesentlichen aus: Wie die Beweisaufnahme ergeben habe, seien die Messingschutzkanten auf den unteren Stufen der Treppe damals teilweise in einem solchen Maße gelockert gewesen, daß man mit dem Stiefelabsatz oder der Stiefelspitze habe dahinter haken können, und sich insbesondere auf der viertuntersten Stufe sich ein kleiner Buckel befunden habe. Es möge sein, daß normalerweise nur der Fußballen, nicht aber die Fußspitze oder der Absatz mit der Messingschiene in Berührung komme und daß daher bei einer solchen normalen Benutzung der Treppe durch kleine Unebenheiten der Schiene nichts passieren könne. Um den Zustand der Treppe als verkehrssicher zu bezeichnen, genüge es aber nicht, daß nur bei einer solchen normalen Benutzung der Treppe nichts passieren könne; sie müsse sich vielmehr in einem solchen Zustand befinden, daß, auch wenn sie einmal nicht „normal“ benutzt werde, also aus irgendeinem Grunde jemand einmal mit der Fußspitze oder der Hacke mit der Messingschiene in Berührung komme, nichts passieren könne. Das sei um so mehr der Fall, als es sich um eine viel benutzte Treppe eines öffentlichen Gebäudes handele und es überdies durchaus vorkommen könne, daß man nicht mit dem Fußballen, sondern mit einem anderen Teil des Fußes die Messingschiene berühre.

Nicht zugegeben werden kann der Rev. des Bekl., daß es ein überspanntes Verlangen des BG. sei, der Staat solle täglich alle Treppen in öffentlichen Gebäuden daraufhin untersuchen lassen, ob solche kleine Unebenheiten entstanden seien. Die Auffassung des BG., der Hausmeister habe zur täglichen Nachprüfung der Treppe und ihrer Schienen angehalten werden müssen, enthält, wie die näheren Darlegungen des Vorderrichters deutlich zeigen, nicht sowohl einen allgemein gültigen Grundsatz, sondern nur das Verlangen, daß bei einer Treppe, die, wie diese, durch ihre Anlage eine Lockerung der Schrauben und damit der Schienen besonders leicht ermöglichte und schon oft zu einer Lockerung der Schienen und zur Vornahme von Reparaturen geführt hatte, eine tägliche Prüfung auf ihre Verkehrssicherheit durch den Hausmeister vorgenommen werden müsse. Darin aber liegt keine Überspannung, die von dem Staat nicht Zumutbares verlangt. Daß dadurch der Grundsatz größter Sparsamkeit verletzt werden würde, kann gleichfalls nicht anerkannt werden; denn es ist nicht ersichtlich, wie dadurch, daß den Hausmeistern der öffentlichen Gebäude im Rahmen ihrer sonstigen Pflichten auch die Verpflichtung zur täglichen Überprüfung derartiger Treppen auferlegt wird, besondere oder erhöhte Kosten entstehen sollten. Solche hätten sich allerdings aus dem Verlangen ergeben können, daß Maßnahmen getroffen würden, wonach der Bau-Oberingenieur D. oder der Oberbaurat G. in bestimmten Zeitabständen die Gebäude einer genauen und gründlichen Besichtigung zu unterziehen hätten, dann nämlich, wenn D. oder G. etwa wegen des Umfanges ihrer Tätigkeit derartige Besichtigungen nicht mehr hätten vornehmen können und eine weitere Kraft hätte eingestellt werden müssen. Hinter die Erfordernisse der Verkehrssicherheit, zu denen der Vorderrichter rechtlich einwandfrei auch eine solche geregelte Überprüfung der Baulichkeiten durch leitende Beamte rechnet, müssen aber die Gebote der Sparsamkeit, deren zu weit gehende Ausdehnung leicht zu erhöhten Aufwendungen durch vermeidbare Unfälle führen kann, zurücktreten.

Auch die Auffassung des BG., daß die Einrichtung der Treppe auch bei nicht „normaler“ Benutzung genügen müsse, läßt einen Rechtsirrtum nicht erkennen. Daß beim Benutzen einer Treppe die Messingschiene nicht stets mit dem Fußballen, sondern gelegentlich auch mit einem anderen Teile des Fußes berührt wird, zumal dann, wenn die Breite der Stufen etwa wechselt, entspricht der Lebenserfahrung. Der Rev. kann auch nicht gefolgt werden, wenn sie aus dem Umstande, daß Tausende und aber Tausende die Treppe begangen hätten, ohne daß ein ernstlicher Unfall sich ereignet hätte, folgern will, ein erheblicher Mangel könne an der Treppe nicht bestanden haben. Denn abgesehen davon, daß das BG. ausdrücklich feststellt, es seien auch früher schon zahlreiche andere Personen auf der Treppe gestolpert und es stehe hinsichtlich einiger auch fest, daß dies Stolpern seine Ursache in dem Hinterhaken hinter einer Schiene gehabt habe, ist nach den Feststellungen des Vorderrichters zur Unfallzeit der Mangel jedenfalls so schwer gewesen, daß man an der Erhöhung der Messingschiene haken bleiben konnte und der Kl. tatsächlich haken geblieben ist. Die Benutzung der Treppe durch Tausende von anderen Besuchern ohne ernstlichere Schadensfolgen aber vermag nichts zu beweisen, da die Abnutzung und die Lockerung einer — ohnehin wenig zweckmäßig befestigten — Schiene — naturgemäß ständig zunimmt und, wenn es schließlich einmal zu ernsteren Unfällen kommt, einer von ihnen der erste sein muß.

Weiter bekämpft die Rev. die Meinung des Vorderrichters, daß die Dienstanweisungen inhaltlich zu allgemein gehalten gewesen seien. Es kann dahingestellt bleiben, ob den Ausführungen des BG. zu diesem Punkte zugestimmt werden kann oder ob und inwieweit sich in dieser Richtung rechtliche Bedenken ergeben würden. Denn die weiteren Ausführungen des BU. ergeben, daß der Vorderrichter, neben dem unzureichenden Hinweis an die Beamten auf die zu beachtenden Dienstanweisungen, den entscheidenden Mangel, der den verfassungsmäßig vertretungsberechtigten Beamten des Bekl. zur Last zu legen ist, in der unzureichenden Beaufsichtigung des Hausmeisters und in dem Fehlen entsprechender Anordnungen erblickt. Das aber kann rechtlich nur gebilligt werden. Nach der Feststellung des BU. würde der Unfall sich nicht ereignet haben, wenn der Hausmeister regelmäßig beaufsichtigt und dabei insbesondere zur täglichen Nachprüfung der Treppe und der Schienen angehalten worden wäre. Der Unfall beruht, wie die früher angeführten Feststellungen zeigen, auf einem langwährenden mangelhaften Zustand der Treppe. Danach spricht bereits der erste Anschein für ein Verschulden der Vertreter des Bekl. Ohne ein Versagen der Überwachung war er nicht möglich. Eine derartige Beaufsichtigung des Unterbeamten, der mit der Sorge für die Instandhaltung der der Allgemeinheit zugänglichen Räumlichkeiten und damit mit der Sorge für deren Verkehrssicherheit betraut war, mußte von seiten des Bekl. angeordnet werden. Nur durch eine solche regelmäßige Beaufsichtigung, deren Ausgestaltung im einzelnen natürlich durchaus im Ermessen des Bekl. stand, konnte in dem Hausmeister das Gefühl, unter Aufsicht zu stehen, erweckt und erhalten werden, und nur durch ihre Anordnung wahrten die vertretungsberechtigten Beamten des Bekl. die von ihnen hinsichtlich der Verkehrssicherheit im Inneren der Gebäude des Bekl. zu erfordernde Sorgfalt. In welcher Weise, ob durch besondere Bestimmung in der Dienstanweisung für Bauaufseher oder durch besonderen Auftrag an den zuständigen Bauaufseher oder an einen in dem betreffenden Gebäude tätigen Beamten, diese Anordnung ge-

troffen wurde, war allein Sache der vertretungsberechtigten Beamten. Daß aber eine derartige Beaufsichtigung angeordnet wurde, bei der der Hausmeister in angemessenen Abständen in seiner Tätigkeit überwacht und auf die Notwendigkeit, die Treppen und ihren Schienenbelag regelmäßig auf ihre Verkehrssicherheit nachzuprüfen, hingewiesen wurde, gebot die im Verkehr erforderliche Sorgfalt. Daß entsprechende Anordnungen nicht getroffen worden sind, rechnet der Vorderrichter den vertretungsberechtigten Beamten des Bekl. daher mit Recht als Verschulden an.

Die Auffassung, daß der Bekl. dem Kl. nach §§ 823 Abs. 1, 89, 31 BGB. hafte, gibt hiernach zu rechtlicher Beanstandung keinen Anlaß.

(RG., VI. ZivSen., U. v. 29. Juni 1938, VI 31/38.) [Ba.]

*

**** 10. RG. — §§ 1490, 1491, 1501, 1923, 1925, 1931, 2303 BGB.; PrGes. betr. das eheliche Güterrecht i. d. Prov. Westfalen usw. v. 16. April 1860 (GS. 165) i. d. Fass. des Art. 48 §§ 3 bis 8 PrAGBGB.**

I. § 16 PrGüterrechtsG. f. Westfalen v. 16. April 1860. Welche Folgen das Ausscheiden eines Abkömmlings aus der fortgesetzten Gütergemeinschaft gegen eine Abfindung aus dem Gesamtgut für die Bemessung der Anteile der übrigen an dieser Gütergemeinschaft Beteiligten hat, regelt das Gesetz nicht; §§ 1491, 1501 BGB. sind entsprechend anzuwenden. Ist der Ehegatte eines während Fortsetzung der Gütergemeinschaft kinderlos verstorbenen Kindes infolge Ausschlagung der nach § 1925 BGB. berufenen gesetzlichen Erben Alleinerbe des Kindes, so tritt er nach § 16 Abs. 1 ganz an die Stelle des Kindes, hat aber am Nachlaß des überlebenden Elternteils kein Erb- oder Pflichtteilsrecht.

II. § 10 PrGüterrechtsG. f. Westfalen v. 16. April 1860.

Hat der überlebende Ehegatte die Nachfolge in das gemeinschaftliche Vermögen testamentarisch unter Übergehung eines Kindes geregelt, ohne diesem nach § 10 Abs. 4 den Wert des Schichtteils zuzuwenden, so ist das Testament trotzdem wirksam; das Kind hat gegen die Eltern einen schuldrechtlichen Anspruch auf den Wert des Schichtteils. Nach § 10 Abs. 5 kann der Ehegatte solchen Personen, die nicht zu den unabgefundenen Kindern gehören, auch einzelne Vermögensstücke zuwenden, sofern sie den Wert des Anteils nicht übersteigen.

Die Eheleute Hermann B. sen. und Hermine B. geb K. lebten in westfälischer Gütergemeinschaft. Nach dem am 26. Okt. 1895 eingetretenen Tode des Ehemannes setzte die Witwe (fortan Erblasserin genannt) mit ihren fünf Kindern Hermann, Fritz (dem Bekl. zu 2), Paul (dem Ehemanne der Kl.), Josefa und Karl (dem Bekl. zu 1 und Vater der Bekl. zu 3) die Gütergemeinschaft fort. Josefa starb um 1900 ledig und ohne Hinterlassung von Abkömmlingen. Der kinderlos verheiratete Sohn Hermann starb am 9. Okt. 1914. Er hatte seine Ehefrau durch letztwillige Verfügung zu seiner Alleinerbin eingesetzt. Diese schloß mit der Erblasserin zu notariellem Protokoll am 24. Mai 1915 einen Abfindungsvertrag, durch den sie gegen Zahlung von 34 000 ℳ auf alle Ansprüche am Nachlasse ihres Schwiegervaters, ihrer Schwägerin Josefa und ihres Ehemannes Hermann B. sowie auf das etwaige Erbrecht nach ihrer Schwiegermutter verzichtete. Die Abfindungssumme sollte aus dem Gesamtgute gezahlt werden; Vorbehaltsgut besaß die Erblasserin unstreitig nicht. An ihrem Todestage waren auf die Abfindungsforderung der Witwe Hermann B. jun. unstreitig noch 16 000 *RM* zu zahlen. Schließlich starb am 7. Nov. 1930 der Ehemann der Kl. ohne Hinterlassung einer letztwilligen Verfügung. Seine Alleinerbin wurde, da Abkömmlinge nicht vorhanden sind, die Kl., nachdem die Erblasserin, die Bekl. zu 1, 2 und 3 sowie der einzige Abkömmling des Bekl. zu 2 die Erbschaft ausgeschlagen hatten.

Am 18./19. März 1931 kam es zwischen der Erblasserin einerseits, der Kl. und ihrem Vater Dr. Hugo B., einem Bruder des verstorbenen Ehemannes der Erblasserin, andererseits zu einer Vereinbarung, durch die die Erblasserin ohne Anerkennung und ohne Übernahme einer rechtlichen Verpflichtung für sich und ihre Erben der Kl. zu deren Unterstützung, zur teilweisen Abdeckung der Nachlaßschulden des Paul B. sowie zur Abgeltung aller etwaigen moralischen Ansprüche des Paul B. oder seiner Erben an das Vermögen seiner Eltern die Zahlung einer monatlichen Summe von 350 *RM* v. 1. Jan. 1931 an auf höchstens 3 Jahre zusagte.

Am 16. Dez. 1931 schloß die Erblasserin mit den Bekl. zu 1 und 2 zu notariellem Protokoll einen Übertrags- und Erbvertrag, der jedoch, worüber die Parteien einig sind, durch die von der Erblasserin am 20. Juni 1932 wegen Irrtums erklärte Anfechtung hinfällig geworden ist.

Nachdem auf Grund der Vereinbarung v. 18./19. März 1931 an die Kl. insgesamt 4550 *RM* gezahlt worden waren, kam es am 18. Dez. 1931 zwischen der Kl. einerseits und dem für die Erblasserin, für die Bekl. zu 1 und 2 sowie für die Firma H. B. KommGes. in W., deren persönlich haftende Gesellschafterin die Erblasserin war, handelnden Notar Dr. W. andererseits zu einer notariell beurkundeten Abmachung. Durch diese versprach Dr. W. namens seiner Vollmachtgeber zur Abfindung aller Ansprüche der Kl. als Erbin ihres verstorbenen Ehemannes gegenüber den Vollmachtgebern, insbes. auch der Ansprüche aus dem Nachlaß und Vermögen der Eheleute H. B. und Hermine geb. K. die Zahlung einer einmaligen Summe von 5000 *RM* an die Kl. Beide Vertragsteile verzichteten auf alle gegenseitigen Rechte und Ansprüche. Die 5000 *RM* hat die Kl. alsbald erhalten.

Am 1. Aug. 1932 errichtete die Erblasserin vor einem Notar durch Übergabe einer Schrift ein Testament, in dem sie unter Übergehung der Kl. die Bekl. zu 1 und 2 zu je $^1/_3$ und die Bekl. zu 3 zusammen zu $^1/_3$ zu Erben einsetzte und weiter u. a. bestimmte, daß von ihren 170 Anteilen im Nennbetrage von insgesamt 170 000 *RM* an der KommGes. unter der Firma H. B. in W. der Bekl. zu 1 57 Anteile, die Bekl. zu 3 zusammen ebenfalls 57 Anteile und der Bekl. zu 2 56 Anteile erhalten sollten. Ferner bestimmte sie:

„Fritz und Karl haben ... die Beträge zum Ausgleich zu bringen, welche sie aus der Firma H. B. zu W. entnommen haben. Ebenso müssen die vorgenannten Enkelkinder ... sich dasjenige zum Ausgleich anrechnen lassen, was mein verstorbener Sohn Paul B. vorweg erhalten hat. Da die Kinder des Karl B. bzgl. des Erbanteils an die Stelle des verstorbenen Paul B. treten, ist es nicht mehr wie recht und billig, daß sie die Vorempfänge des Paul B. sich anrechnen lassen."

Die Erblasserin, die ihren letzten Wohnsitz in R. hatte, verstarb am 18. Aug. 1932 in K.

Durch Schreiben v. 7. oder 17. Sept. 1932 focht die Kl. die Verträge v. 18./19. März und 18. Dez. 1931 gegenüber den Bekl. zu 1 und 2 wegen Irrtums und arglistiger Täuschung an und wiederholte durch Schreiben v. 21 oder 24. Okt. 1932 die Anfechtung gegenüber den Bekl. zu 1 und 2 sowie gegenüber der Firma H. B. Ferner focht sie durch Erklärung v. 7. Jan. 1933, die beim AG. R. als Nachlaßgericht am 16. Jan. 1933 einging, das Testament der Erblasserin v. 1. Aug. 1932 „wegen Verletzung bzw. Übergehung ihrer Rechte an dem Nachlaß bzw. dem gütergemeinschaftlichen Vermögen sowie auch wegen Irrtums der Erblasserin über die Sach- und Rechtslage" an.

Die Kl. hält das Testament der Erblasserin v. 1. Aug. 1932 wegen Verstoßes gegen § 10 des Ges. betr. das eheliche Güterrecht in der Provinz Westfalen usw. v. 16. April 1860 für nichtig, weil die Erblasserin ihr nicht wenigstens den Schichtteil von dem Anteil ihres Schwiegervaters und den Pflichtteil von ihrem eigenen Nachlaß zugewandt habe, und ferner weil sie zugunsten der Kinder des noch lebenden Bekl. zu 1 verfügt habe. Die Erblasserin sei bei Errichtung des Testaments arglistig darauf ausgegangen, sie um ihre Rechte zu bringen. Infolge der Anfechtung der Verträge v. 18./19. März und 18. Dez. 1931 sei sie nach wie vor an der fortgesetzten Gütergemeinschaft beteiligt. Die Berufung der Bekl. auf diese Verträge verstoße auch gegen Treu und Glauben. Für den Fall der Gültigkeit des Testaments stünden ihr an dem gütergemeinschaftlichen Vermögen $^1/_6$ als Schichtteil und $^1/_{12}$ als Pflichtteil zu. Beide Ansprüche zusammen beliefen sich auf mehr als 60 000 *RM*.

Im ersten Rechtszuge hat die Kl. beantragt,

1. festzustellen, daß das Testament der Witwe Hermine B. v. 1. Aug. 1932 ihr gegenüber nichtig sei,
2. festzustellen, daß sie an dem gütergemeinschaftlichen Vermögen der Eheleute B. an Stelle ihres verstorbenen Ehemannes beteiligt sei,
3. hilfsweise: die Bekl. — unbeschadet der Mehrforderung der Kl. — als Gesamtschuldner zur Zahlung von 20 000 *RM* nebst 6 % Zinsen seit Klagerhebung zu verurteilen.

Die Bekl. haben um Klageabweisung gebeten und eingewendet: § 10 Ges. v. 16. April 1860 stehe der Gültigkeit des Testaments nicht entgegen. Schichtteils- und Pflichtteilsansprüche der Kl. seien nicht begründet, da bei einer Ausgleichung der Vorempfänge ihres verstorbenen Ehemannes für sie nichts mehr übrig bleibe. Die Kl. habe überdies ihren Ehemann nur zur Hälfte beerbt, da die andere Hälfte kraft Gesetzes den Bekl. zu 1 und 2 angewachsen sei, was durch die Ausschlagung der Erbschaft nicht rückgängig gemacht worden sei. Ferner sei durch den Abfindungsvertrag v. 24. Mai 1915 der Anteil der Witwe Hermann B. jun. als besonderer Anteil auf die Erblasserin persönlich übergegangen. Infolgedessen belaufe sich der Schichtteil der Kl. nur auf 1/16 des gütergemeinschaftlichen Vermögens. Ein Pflichtteilsanspruch stehe ihr nicht zu, da ihr Mann vor der Erblasserin verstorben sei. Den Ansprüchen der Kl. stehe schließlich der in den Verträgen v. 18./19. März und 18. Dez. 1931 erklärte Verzicht entgegen. Die Rechtsgültigkeit dieser Verträge werde von der Kl. zu Unrecht in Zweifel gezogen.

Das LG. hat unter Abweisung der beiden Hauptanträge die Bekl. als Gesamtschuldner zur Zahlung von 20 000 *RM* nebst 4 1/2 % Zinsen seit Klagezustellung verurteilt. Gegen dieses Urteil haben beide Parteien Berufung eingelegt. Die Kl. hat im zweiten Rechtszuge beantragt:

I. festzustellen,

a) daß das Testament der Witwe Hermine B. v. 1. Aug. 1932 nichtig sei,

b) daß die Kl. am gütergemeinschaftlichen Vermögen der Eheleute B. an Stelle ihres verstorbenen Ehemannes zu 1/6 beteiligt sei,

II. hilfsweise: die Bekl. als Gesamtschuldner zu verurteilen, an die Kl. außer den bereits zuerkannten 20 000 *RM* weitere 127 956 *RM* nebst 5 % Zinsen seit dem 16. Mai 1933 zu zahlen.

Die Kl. hat noch vorgetragen, daß das Testament auch zufolge der von ihr erklärten Anfechtung gemäß § 2078 BGB. nichtig sei. Die Anfechtung sei gegebenenfalls auch nach § 2079 BGB. begründet. Für den Fall, daß ihr lediglich ein Wertanspruch zugebilligt werde, beanspruche sie nur noch 1/6 des gütergemeinschaftlichen Vermögens, so daß auf ihren Pflichtteilsanspruch nicht zurückgegriffen zu werden brauche, obwohl sie grundsätzlich auch diesen für begründet halte. Die Anteile an der KommGes. seien mit dem sechsfachen Nennbetrage zu bewerten. Ihr Schichtteil betrage daher nach Abzug der Vorempfänge ihres verstorbenen Mannes mindestens 147 956,16 *RM*. Werde der Bewertung der Anteile der in § 11 des Gesellschaftsvertrages v. 26. Aug. 1924 vorgesehene Maßstab zugrunde gelegt, so seien die zum Gesamtgut gehörigen 170 Anteile der Erblasserin mit 733 380 *RM* in Ansatz zu bringen.

Die Bekl. haben mit ihrer Berufung die völlige Abweisung der Klage begehrt. Der Bekl. zu 2 hat die Anwendbarkeit der Bewertungsgrundsätze des § 11 des Gesellschaftsvertrags bestritten und geltend gemacht, daß der wirkliche Wert der Anteile nur nach allgemeinen Grundsätzen ermittelt werden könne.

Unstreitig ist, daß nach dem Gesellschaftsvertrage persönlich haftende Gesellschafterin der KommGes. H. B. u. a. „die Witwe Fabrikant Hermann B., Hermine geb. K. in W., welche mit ihren Kindern Fritz, Paul und Karl in fortgesetzter westfälischer Gütergemeinschaft lebt", war. Über die Bewertung der einzelnen Nachlaßgegenstände mit Ausnahme der Anteile an der KommGes., über die Höhe der Nachlaßverbindlichkeiten sowie über die der Vorempfänge der einzelnen Kinder bestand am Schlusse der Berufungsverhandlung kein Streit mehr. Über den Wert der Anteile hat das OLG. ein Gutachten des Sachverständigen M. eingeholt, der zu dem Ergebnis gelangt ist, daß der Wert jedes Anteils nach allgemeinen Grundsätzen auf 206 3/4 % des Nennwertes und demgemäß der Gesamtwert der 170 Anteile auf 351 475 *RM* zu schätzen sei.

Das OLG. hat die Berufung der Kl. zurückgewiesen. In teilweiser Beachtung der Berufung der Bekl. hat es deren Verurteilung dahin eingeschränkt, daß sie der Kl. nur 15 145,71 *RM* nebst 4 % seit dem 16. Mai 1933 zu zahlen haben. Im übrigen hat es die Klage abgewiesen. Von den Kosten des Rechtsstreits hat es der Kl. 2/3 und den Bekl. als Gesamtschuldnern 1/3 auferlegt.

Auf Rev. der Kl. und Anschlußrevision der Bekl. hob das RG. auf und verwies an das BG. zurück.

I. Die Parteien streiten in erster Linie darüber, in welchem Maße die Kl. an dem Gesamtgute der fortgesetzten Gütergemeinschaft beteiligt war. Dies hängt zunächst davon ab, welche Änderungen in dem Beteiligungsverhältnis der im Jahre 1914 eingetretene Tod des Sohnes Hermann und der mit seiner Witwe am 24. Mai 1915 geschlossene Abfindungsvertrag zur Folge gehabt haben. Die Kl. ist der Auffassung, daß der Anteil der Erblasserin nach wie vor 1/2, die Anteile der 3 an der fortgesetzten Gütergemeinschaft beteiligt gebliebenen Kinder aber statt je 1/8 fortan je 1/6 betragen hätten. Dagegen haben die Bekl. die Ansicht vertreten, daß der Anteil der Witwe Hermann B. jun. von 1/8 als selbständiger Anteil auf die Erblasserin übergegangen sei, so daß diese nunmehr mit 5/8 und die drei Kinder mit je 1/8 beteiligt gewesen seien. Das BG. ist keiner dieser Berechnungsarten gefolgt. Es geht davon aus, daß mit dem Ausscheiden eines Kindes gegen eine aus dem Gesamtgute gewährte Abfindung nicht nur das Kind, sondern auch das auf das Kind entfallende Vermögen wegfalle, so daß eine Zuwachsung seines Anteils zu den Anteilen der übrigen Kinder anders als im Falle des Todes eines Kindes (§ 16 Abs. 3 Ges. vom 16. April 1860) nicht Platz greifen könne. Ein solches Ausscheiden lasse vielmehr den Umfang der Beteiligung der übrigen Teilhaber an der fortgesetzten Gütergemeinschaft unberührt. Diese seien daher im Verhältnis von 4/8 zu 1/8 zu 1/8 zu 1/8 gleich 4 zu 1 zu 1 zu 1 beteiligt geblieben. Das Ausscheiden der Witwe Hermann B. jun. habe mithin zur Folge gehabt, daß nunmehr der Anteil der Erblasserin 4/7 und die Anteile der Kinder je 1/7 betragen hätten.

Ob diese Ausführungen auf einer richtigen Anwendung des Ges. v. 16. April 1860 beruhen, ist nach § 549 Abs. 1 ZPO. i. d. Fass. des Ges. v. 27. Okt. 1933 vom RevG. nachzuprüfen, da sich der Geltungsbereich des genannten preußischen Gesetzes über den Bezirk des BG. hinaus auf Teile des Bezirks des OLG. Düsseldorf erstreckt.

Der erk. Sen. vermag sich der Berechnungsweise des BG. nicht anzuschließen. Vorauszuschicken ist zunächst, daß das Ges. v. 16. April 1860 keine ausdrückliche Regelung des hier gegebenen Falles enthält. Das BGB. hat ihn in den §§ 1491, 1501 in Verb. m. § 1490 dahin geregelt, daß der Anteil eines durch Verzicht ausscheidenden Abkömmlings den Anteilen der übrigen anteilsberechtigten Abkömmlinge anwächst, daß aber — mangels einer abweichenden Vereinbarung — die dem Abkömmling für den Verzicht aus dem Gesamtgut gewährte Abfindung bei der späteren Auseinandersetzung in das Gesamtgut eingerechnet und auf die den Abkömmlingen gebührende Hälfte angerechnet wird. Die Vorschriften des BGB. über die fortgesetzte Gütergemeinschaft sind nun zwar auf die westfälische fortgesetzte Gütergemeinschaft nicht unmittelbar anwendbar, denn nach Art. 48 § 2 PrAGBGB. treten die Vorschriften des BGB. nur insoweit an die Stelle der Vorschriften des ALR., als diese bisher für die Ehe in Geltung waren; da dem ALR. die Rechtseinrichtung der fortgesetzten Gütergemeinschaft unbekannt war, so fehlt es insoweit an Vorschriften, an deren Stelle diejenigen des BGB. über die fortgesetzte Gütergemeinschaft hätten treten können (RGZ. 60, 165, besonders 167 und 171; Urt. v. 26. Sept. 1911, IV 707/10, und v. 10. Nov. 1916, VII 297/16). Das hindert aber nicht, zur Ausfüllung einer Lücke des Provinzialrechts auf Rechtsgedanken des allgemeinen Rechts zurückzugreifen, zumal wenn es sich, wie hier, um eine in ihren Besonderheiten absterbende, aus dem Rechtsleben ohnehin mehr und mehr verschwindende Rechtseinrichtung handelt. Im vorl. Falle würde dies dazu geführt haben, daß nach dem Ausscheiden der Witwe

Hermann B. jun. die Anteile der drei beteiligt gebliebenen Kinder je $^{1}/_{6}$ betrugen und daß die Gewährung einer Abfindung aus dem Gesamtgute erst bei der späteren Auseinandersetzung zu berücksichtigen war. Den Standpunkt, daß der Anteil des Hermann B. jun. den Anteilen der übrigen Kinder angewachsen sei, hatte auch der Bekl. zu 2 ohne Widerspruch der übrigen Bekl. für den Fall, daß dieser Anteil nicht der Mutter allein zugefallen sein sollte, als den dem Gesetz und der bisherigen Gerichtspraxis entsprechenden bezeichnet und ausgeführt, daß auch beim Wegfall eines Kindes der Anteil des überlebenden Ehegatten nach wie vor nur die Hälfte betrage. In der Tat findet die Berechnungsweise des BG., die im Gegensatz zu der das Ges. v. 16. April 1860 beherrschenden Hälfteteilung (§ 7 Ges. v. 16. April 1860; § 639 II, 1 ALR.) zu einer verschiedenen Bemessung des Elternanteils und des Kinderanteils führt, im Gesetz keine ausreichende Stütze. Sie wird, soweit ersichtlich, im Schrifttum nur von *Brenken* bei Gruch. 39, 70 in Note 42 vertreten. *Brenken* meint, daß die Abschichtung eines einzelnen Kindes ebenso wie die Abfindung eines Vorkindes des verstorbenen Elternteils wirke; er hebt aber (S. 68 in Note 37) selbst hervor, daß die Motive zum BGB. IV, 490 i. Verb. m. S. 489 (richtig: S. 480 i. Verb. m. S. 478 f.) es auch für diesen Fall als zweifelhaft bezeichnen, ob die von ihm angewendete Berechnung der Anteile dem Ges. v. 16. April 1860 entspricht. Hingewiesen sei auch noch darauf, daß die Erblasserin in dem von ihr später angefochtenen Übertrags- und Erbvertrage v. 16. Dez. 1931 ausdrücklich erklärt hatte, die Anteile der weggefallenen Kinder, darunter auch der des Sohnes Hermann, seien den übrigen Kindern gleichmäßig angewachsen. Daraus geht hervor, daß auch die Erblasserin selbst nach wie vor nur einen Hälfteanteil für sich in Anspruch genommen hat.

Anders könnte es sich möglicherweise dann verhalten, wenn in dem zwischen der Erblasserin und der Witwe H. B. jun. am 24. Mai 1915 geschlossenen Vertrage zugleich eine Übertragung des der Witwe Hermann B. jun. als Alleinerbin ihres Mannes an der Gütergemeinschaft zustehenden Anteils auf die übrigen Mitbeteiligten der Gütergemeinschaft zu erblicken wäre. Eine solche Übertragung wäre nach § 16 Abs. 2 Ges. v. 16. April 1860 zulässig gewesen. Die hierfür etwa erforderliche Form des § 2033 BGB. wäre gewahrt. Es ist eine Frage der dem Tatrichter obliegenden Auslegung des Vertrags, ob eine solche Übertragung des Anteils von den Beteiligten gewollt war. Wäre dies zu bejahen, so läge es nahe, daß der Anteil den übrigen Beteiligten nach Maßgabe ihrer Beteiligung an der Gütergemeinschaft übertragen werden sollte, wenn, wie das hier der Fall ist, die als „Abfindung" bezeichnete Gegenleistung aus dem Gesamtgute entnommen worden ist. Bisher hat der Tatrichter hierzu nicht Stellung genommen.

Die Rev. ist hiernach insoweit begründet, als sie sich dagegen wendet, daß der der Kl. am Gesamtgut zustehende Anteil vom BG. statt auf $^{1}/_{6}$ nur auf $^{1}/_{7}$ bemessen worden ist. Dagegen kann die von der Anschlußrevision erbetene Nachprüfung, ob das BG. mit Recht den Übergang des Anteils der Witwe Hermann B. jun. auf die Erblasserin verneint hat, zu keiner von der des BG. abweichenden Beurteilung führen. Ein solcher Übergang ließe sich ebenfalls nur unter dem Gesichtspunkte des § 16 Abs. 2 Ges. v. 16. April 1860 und nur unter der Voraussetzung rechtfertigen, daß die Erblasserin die Abfindung aus Vorbehaltsgut gezahlt hätte. Das ist unstreitig nicht der Fall.

Die Parteien streiten weiter darüber, welche Folgen der im Jahre 1935 eingetretene Tod des Ehemannes der Kl. Paul B. für die Bemessung der Anteile am Gesamtgute gehabt hat. Nach Ansicht der Bekl. ist der Anteil des Paul B. gemäß § 1931 BGB. nur zur Hälfte auf die Kl. übergegangen, zur anderen Hälfte aber gemäß § 16 Abs. 3 Ges. v. 16. April 1860 den Anteilen der Bekl. zu 1 und 2 zugewachsen, ohne daß diese Zuwachsung durch die von ihnen erklärte Erbausschlagung wieder hinfällig geworden wäre. Das BG. hat hierzu ausgeführt, daß die Zuwachsung des Anteils eines verstorbenen Kindes zu den Anteilen der übrigen Kinder nach § 16 Abs. 3 Ges. v. 16. April 1860 nur eintrete, *sofern* der Anteil des verstorbenen Kindes nicht auf Grund anderer Bestimmungen auf seine Abkömmlinge oder auf seinen hinterlassenen Ehegatten übergehe. Nach § 16 Abs. 1 gehe aber der Anteil eines während der fortgesetzten Gütergemeinschaft verstorbenen Kindes insoweit auf den hinterlassenen Ehegatten über, als diesem ein Anteil am Nachlasse des Kindes gebühre. Sei mithin der Ehegatte des Kindes dessen Alleinerbe, so trete er in vollem Umfang an Stelle des Kindes auch in die fortgesetzte Gütergemeinschaft ein. Ob er die Stellung eines Alleinerben durch eine Erbausschlagung — mit rückwirkender Kraft nach § 1953 Abs. 2 BGB. — erhalte oder ob es dazu einer Ausschlagung nicht bedurft habe, sei ohne Bedeutung. — Diesen Rechtsausführungen des BG. ist lediglich beizutreten. Der die gegenteilige Auffassung vertretenden Anschlußrevision kann nicht gefolgt werden. Sie bezieht sich für ihre Auffassung auf die Ausführungen im RGRKomm. § 1951 Anm. 2, Bd. V S. 40 unten, S. 41 oben über den Fall mehrfacher Berufung durch das Gesetz. Ein solcher Fall liegt hier nicht vor. Auch wenn er vorläge, würde den Bekl. die Vorschrift des § 1949 Abs. 2 BGB. entgegenstehen, nach der sich die Ausschlagung im Zweifel auf alle Berufungsgründe erstreckt, die dem Erben zur Zeit der Erklärung bekannt sind.

II. Die Kl. hatte zunächst den Standpunkt vertreten, daß sie am Gesamtgute nicht bloß zu $^{1}/_{6}$, sondern zu $^{1}/_{3}$ beteiligt sei, weil sie nach § 16 Abs. 1 Ges. v. 16. April 1860 in vollem Umfang an die Stelle ihres Ehemannes getreten und dieser nicht nur gegenüber seinem Vater, sondern auch gegenüber seiner Mutter erbberechtigt gewesen sei. Daraus hatte sie die Rechtsfolge hergeleitet, daß ihr neben dem Schichtteil an dem auf die Kinder übergegangenen Anteile des Ehemannes der Erblasserin in Höhe von $^{1}/_{3}$ (= $^{1}/_{6}$ des gesamten gütergemeinschaftlichen Vermögens) noch ein Pflichtteil in Höhe von $^{1}/_{6}$ an dem Anteile der Erblasserin (= $^{1}/_{12}$ des gesamten gütergemeinschaftlichen Vermögens) gebühre, den die Erblasserin ihr gemäß § 10 Abs. 4, 5 Ges. v. 16. April 1860 nicht habe entziehen können. Danach würde die Kl. insgesamt $^{1}/_{4}$ des Gesamtvermögens zu beanspruchen haben. Das LG. hatte diesen Standpunkt der Kl. für berechtigt erachtet. Im zweiten Rechtszuge hat die Kl. darauf erklärt, daß sie nur noch $^{1}/_{6}$ als ihren Anteil am gütergemeinschaftlichen Vermögen beanspruche. Demgemäß hat sie mit ihrem im vorigen Rechtszuge zuletzt gestellten Hauptantrage unter I b die Feststellung begehrt, daß sie am gütergemeinschaftlichen Vermögen zu $^{1}/_{6}$ beteiligt sei. Das BG. hat das Bestehen eines Pflichtteilsanspruchs der Kl. gegenüber der Erblasserin verneint und hierzu — und zwar im Zusammenhang mit seiner Stellungnahme zu der auf § 2079 BGB. gestützten Anfechtung des Testaments — ausgeführt: Die Kl. gehöre nicht zu den nach § 2303 BGB. allein pflichtteilsberechtigten nächsten Verwandten. Das Ges. v. 16. April 1860 habe bei Übertragungen des gütergemeinschaftlichen Vermögens die Wahrung des Pflichtteils neben der des Schichtteils nur insoweit vorgesehen, als ein Pflichtteilsanspruch ohnehin bestehe, nicht aber habe es neue Pflichtteilsansprüche schaffen wollen. Die Ansicht, daß ihr ein Pflichtteilsanspruch zustehe, werde auch von der Kl. selbst nicht mehr ernstlich vertreten.

Die Rev. erhebt gegen diese Ausführungen des BG. verfahrensrechtliche und sachlich-rechtliche Rügen. Sie hält an dem von der Kl. vor dem Tatrichter vertretenen Standpunkt fest, daß die Kl. an sich am gesamten gütergemeinschaftlichen Vermögen zu $^{1}/_{3}$ beteiligt sei und daß ihr daher zum mindesten neben ihrem Anteil von $^{1}/_{3}$ an dem Anteile des Ehemanns der Erblasserin ein unentziehbarer Pflichtteilsanspruch in Höhe von $^{1}/_{6}$ des Anteils der Erblasserin zustehe. Die Annahme des BG., daß die Kl. das Bestehen eines Pflichtteilsanspruchs nicht mehr ernstlich vertreten habe, bezeichnet die Rev. als aktenwidrig und rügt ferner, daß das BG. trotz der Fassung des Hauptantrags unter I b nicht auf den Pflichtteilsanspruch zurückgegriffen habe, wenn es den Wert des Schichtteils auf weniger als 147 956 *RM* berechne.

Diese Angriffe können keinen Erfolg haben. Die Ansicht der Kl., daß ihr an Stelle ihres verstorbenen Ehemannes ein gesetzliches Erbrecht auch am Nachlasse der Erblasserin und demgemäß auch ein Pflichtteilsanspruch gegenüber diesem Nachlasse zustehe, ist unrichtig. Sie findet nach den zutreffenden Darlegungen des BG. keine Stütze in § 10 Ges. v. 16. April 1860. Mit dem Tode des überlebenden Ehegatten endigt die fortgesetzte Gütergemeinschaft. Sein Anteil am Gesamtgute bildet, ebenso wie nach dem BGB., seinen Nachlaß. Für die Erbfolge sind nicht

die Vorschriften des Ges. v. 16. April 1860, sondern die des allgemeinen Erbrechts maßgebend (Welter-Schultz, „Handbuch über das eheliche Güterrecht in Westfalen", 2. Ausgabe, S. 393), jetzt also die des BGB. Da Paul B. vor seiner Mutter gestorben ist, konnte er nicht ihr Erbe werden (§ 1923 Abs. 1 BGB.) und demgemäß auch keinen Pflichtteilsanspruch gegen ihren Nachlaß erlangen (§ 2303 BGB.). Irgendwelche erbrechtlichen Ansprüche, die nach § 16 Abs. 1 Ges. v. 16. April 1860 auf die Kl. hätten übergehen können, standen ihm bei seinen Lebzeiten am künftigen Nachlasse seiner Mutter daher nicht zu. Die Kl. selbst aber gehört als Schwiegertochter weder zu den gesetzlichen Erben noch zu den Pflichtteilsberechtigten.

III. Bevor auf die Angriffe eingegangen wird, die die Kl. gegen das Testament der Erblasserin v. 1. Aug. 1932 richtet, bedarf es der Erörterung, ob die Bekl. berechtigt sind, der Kl. den im Vertrage v. 18. Dez. 1931 von ihr erklärten Verzicht auf alle Ansprüche an das gütergemeinschaftliche Vermögen entgegenzuhalten. Wäre dies der Fall, so wäre schon damit dem gegen das Testament gerichteten Vorgehen der Kl. die rechtliche Grundlage entzogen. Insbes. stünde ihr das Anfechtungsrecht nach § 2078 BGB. nicht zu, da die Aufhebung der letztwilligen Verfügung ihr nicht zustatten kommen würde (§ 2080 Abs. 1 BGB.).

Das BG. läßt es dahingestellt, ob die von der Kl. wegen Irrtums und arglistiger Täuschung erklärte Anfechtung des Verzichtsvertrags begründet ist. Es nimmt an, daß die Bekl. sich auf den Vertrag, auch wenn er an sich wirksam zustande gekommen ist, nicht berufen können, weil sie damit gegen Treu und Glauben verstoßen und weil sie außerdem nach den Grundsätzen über das Verschulden beim Vertragsschluß gehalten sind, die Kl. so zu stellen, als ob sie den Verzichtsvertrag nicht geschlossen hätte.

Die Anschlußrevision ist insoweit ohne Erfolg. (Wird ausgeführt.)

IV. Zur Begründung der von ihr behaupteten Nichtigkeit des Testaments hat sich die Kl. zunächst auf die Vorschrift des § 10 Abs. 4 Ges. v. 16. April 1860 berufen, die bestimmt, daß der überlebende Ehegatte für sich allein berechtigt ist, durch Übertragsverträge oder letztwillige Verfügungen unter den unabgefundenen Kindern die Nachfolge in das gemeinschaftliche Vermögen zu regeln, daß aber jedem Kinde wenigstens der Wert des ihm nach § 15 zustehenden Anteils (des Schichtteils), im Falle einer letztwilligen Verfügung aber außerdem seines Pflichtteils zugewendet werden muß. Ein Pflichtteilsanspruch, der sich nur auf die Vermögenshälfte des überlebenden Ehegatten beziehen könnte (Böttrich, „Die westfälische Gütergemeinschaft", 4. Aufl., S. 90), kommt nach dem oben unter II Ausgeführten für die Kl. nicht in Betracht. Ihr stand an Stelle ihres verstorbenen Ehemannes nur der Schichtteilsanspruch an der auf die Kinder nach § 7 Abs. 1 Ges. v. 16. April 1860 vererbten Vermögenshälfte des Ehemannes der Erblasserin zu. Die Kl. will in Übereinstimmung mit der dem Urteile des OLG. Frankfurt: JW. 1929, 210 [10] zugrunde liegenden Auffassung die Vorschrift des § 10 Abs. 4 dahin ausgelegt wissen, daß die Unterlassung der Zuwendung des Wertes ihres Schichtteils die Nichtigkeit des Testaments zur Folge habe. Das BG. ist dem nicht gefolgt. Es hat vielmehr den § 10 Abs. 4 entsprechend seiner bisherigen festen Rspr. dahin ausgelegt, daß die Unterlassung der Zuwendung des Wertes des Schichtteils die Wirksamkeit des Testaments nicht in Frage stelle, sondern nur zur Folge habe, daß der Kl. gegen die Erben ein schuldrechtlicher Wertanspruch in Höhe ihres Schichtteils erwachse. Die Rev. hält diese Auslegung mit Rücksicht auf den Wortlaut des Gesetzes, nach dem der überlebende Ehegatte jedem Kinde mindestens den Wert des Schichtteils zuwenden muß, für unrichtig. Es besteht jedoch keine Veranlassung, der vom BG. bisher ständig festgehaltenen Handhabung des Gesetzes entgegenzutreten. Vom Standpunkte dieser Rspr. aus stellt sich die Vorschrift des § 10 Abs. 4 nicht, wie das OLG. Frankfurt unter Heranziehung der §§ 1518, 134 BGB. angenommen hat, als ein gesetzliches Verbot dar, sondern lediglich als die Zubilligung eines durch abweichende letztwillige Verfügungen nicht zu beseitigenden Anspruchs auf den Wert des Schichtteils. Sie entspricht also der in § 2303 BGB. für den Pflichtteilsanspruch getroffenen Regelung. Übrigens hat der erk. Sen. in dem — soweit ersichtlich — nicht abgedruckten Urt. v. 14. Dez. 1931, IV 223/31 die Auffassung vertreten, es sei, da das Ges. v. 16. April 1860 hierüber nichts sage, nach allgemeinen Vorschriften zu entscheiden, welche rechtlichen Folgen eintreten, wenn der überlebende Ehegatte letztwillige Verfügungen trifft, die der Vorschrift des § 10 Abs. 4 zuwider Schichtteils- und Pflichtteilsrechte der Kinder verletzen. Auch von diesem Standpunkte aus hat er die Ansicht, daß eine solche Verletzung die Gültigkeit des Testaments nicht in Frage stellen könne, als unbedenklich bezeichnet.

Die Nichtigkeit des Testaments hat die Kl. weiter aus der Vorschrift des § 10 Abs. 5 hergeleitet, nach der der überlebende Ehegatte zugunsten anderer Personen als der unabgefundenen Kinder nur über seinen Anteil an der Gemeinschaft, mit Vorbehalt der Pflichtteile der Kinder, letztwillig verfügen kann. Ein solcher Fall ist hier insofern gegeben, als die Erblasserin auch zugunsten der Kinder des Bekl. zu 3, die nicht zu den an der Gütergemeinschaft beteiligten unabgefundenen Kindern i. S. des § 10 Abs. 5 gehören, verfügt hat. Die genannte Vorschrift ist nach der ihr vom BG. gegebenen Auslegung dahin zu verstehen, daß sie nicht nur die Zuwendung des Anteils als solchen, sondern auch die Zuwendung einzelner Vermögensstücke des Gesamtgutes gestattet, sofern nur ihr Wert nicht höher ist als der des Anteils als solchen. Der Wert der den Bekl. zu 3 gemachten Zuwendungen sei aber offensichtlich geringer als der Wert des Anteils der Erblasserin am Gesamtgute. Während dieser sich auf 4/7 belaufe, habe sie den Bekl. zu 3 insgesamt nur 1/3 des Gesamtgutes zugewendet.

Was die Rev. hiergegen vorbringt, kann ihr nicht zum Erfolge verhelfen. Die Berufung der Kl. auf die Vorschrift des § 10 Abs. 5 muß schon daran scheitern, daß ihr, wie oben ausgeführt, kein Pflichtteilsrecht gegenüber dem Nachlasse der Erblasserin zusteht. Im übrigen ist die dem § 10 Abs. 5 vom BG. gegebene „wertmäßige Auslegung" auch nicht zu beanstanden. Die von der Rev. angezogenen Ausführungen bei Welter-Schultz, „Handbuch über das eheliche Güterrecht in Westfalen", 2. Ausg., S. 363, 364 enthalten nichts, was dieser Auslegung entgegenstünde. Als unzulässig ist es dort nur bezeichnet, daß der überlebende Ehegatte, der über seinen Anteil an der Gemeinschaft zugunsten eines Dritten letztwillig verfügt, auch hinsichtlich der Kinderhälfte noch verordnet, daß die Kinder diese nur ihrem Werte nach dem Dritten gegenüber erhalten sollen. In dieser Weise hat die Erblasserin nicht verfügt. Sie hat vielmehr die Bekl. zu 1 und 2 zu insgesamt 2/3 des Gesamtnachlasses als Erben eingesetzt, also zu einem die Kinderhälfte noch übersteigenden Bruchteil. Über die ihr durch § 10 Abs. 5 eingeräumte Befugnis ist die Erblasserin auch dann nicht hinausgegangen, wenn der ihr zustehende Anteil am Gesamtgute nicht mit dem BG. auf 4/7, sondern nur auf die Hälfte bemessen wird.

V. Erfolg muß die Rev. aber insoweit haben, als das BG. die auf § 2078 BGB. gestützte Anfechtung des Testaments für unbegründet erklärt hat. (Wird ausgeführt.)

Hätte die Kl. mit der Anfechtung des Testaments Erfolg, so wären ihre auf Feststellung gerichteten Hauptanträge begründet. Aus diesem Grunde sowie wegen des oben unter I erörterten, die Bemessung des Anteils der Kl. betreffenden Mangels muß das angefochtene Urteil auf die Rev., zugleich aber auch auf die Anschlußrevision aufgehoben werden, da sich im Falle der Berechtigung der Hauptanträge die auf den Hilfsantrag ausgesprochene Verurteilung der Bekl. nicht aufrechterhalten ließe.

(RG., IV. ZivSen., U. v. 30. Juni 1938, IV 41/38.)

⟨= RGZ. 158, 65.⟩

*

11. RG. — § 1574 Abs. 3 BGB.; § 60 Abs. 3 S. 2 EheG. v. 6. Juli 1938. Rechtfertigung des Mitschuldigerklärungsantrags des Bekl., der bereits bei der Klagerhebung das Recht, die Scheidung wegen Verschuldens des Kl. zu verlangen, verloren hatte.

Die Parteien haben einander am 25. Mai 1905 geheiratet. Ihrer Ehe sind vier Kinder im Alter von 30, 28, 23 und 13 Jahren entsprossen. Seit dem 20. Nov. 1933 leben sie getrennt. Mit der im Oktober 1937 erhobenen Klage hat der Kl. die Scheidung seiner Ehe verlangt wegen eines von der Bekl. jahrelang bis zum Sommer 1933 unterhaltenen

ehebrecherischen Verhältnisses mit dem Reallehrer G., von dem er erst am 20. Nov. 1933 durch eine Frau M. Kenntnis bekommen habe. Die Bekl. hat das Verhältnis zugegeben, aber eingewandt, daß der Kl. schon lange davon gewußt und deshalb sein Scheidungsrecht verwirkt habe. Das LG. hat nach Beweisaufnahme der Klage stattgegeben. Hiergegen hat die Bekl. Berufung eingelegt mit dem Antrage, den Kl. für mitschuldig zu erklären, weil er selber schon seit dem Weltkriege bis in das Jahr 1924 hinein ebenfalls ein ehebrecherisches Verhältnis mit der inzwischen verstorbenen Schauspielerin W. unterhalten habe. Der Kl. hat bestritten, daß dieses Verhältnis noch bestanden habe, als die Bekl. den ehebrecherischen Umgang mit G. angefangen habe, und eingewandt, die Bekl. habe schon vorher von seinem Verkehre mit der W. gewußt. Das OLG. hat die Berufung zurückgewiesen.

RG. hob auf.

Soweit die Rev. rügt, daß das BG. nicht auf die Behauptung der Bekl. eingegangen ist, der Kl. habe ihr seinerzeit erklärt, daß er nichts dagegen habe, wenn sie so wie er mit der W. ebenfalls ein Liebesverhältnis anknüpfe, und sei demgemäß über ihre Beziehungen zu G. nicht völlig in Unkenntnis gewesen, übersieht sie, daß die Bekl. gegen das der Klage stattgebende landgerichtliche Urteil Berufung nur mit dem Antrag auf Mitschuldigerklärung des Kl. eingelegt hat. Wenngleich das landgerichtliche Urteil wegen des Grundsatzes der Einheitlichkeit in Ehesachen trotzdem nicht etwa insoweit, als es nicht angefochten war, bereits rechtskräftig geworden ist, so war doch das BG. an diesen Teil der Entscheidung gebunden und hatte also nur über die allein noch streitige Frage einer Mitschuld des Kl. selbständig zu erkennen. Auf jenes den Scheidungsanspruch selbst berührende Vorbringen der Bekl. durfte es daher gar nicht eingehen.

Auch über den Mitschuldantrag hat das BG. nach dem bisher geltenden Recht des BGB. zutreffend entschieden.

Gewährt ein Ehegatte dem anderen, der sich einer als Scheidungsgrund ausreichenden Verfehlung schuldig gemacht hat, dafür Verzeihung oder sieht doch von der Herbeiführung der Scheidung ab, so daß sein Recht darauf gemäß § 1571 Abs. 1 Satz 1 BGB. (= § 57 Abs. 1 EheG. v. 6. Juli 1938) durch Zeitablauf verloren geht, so tut er das in aller Regel in der Erwartung, auf solche Weise die Ehe zu erhalten, und wenn er selber sich ebenfalls verfehlt hat, in der Hoffnung, daß der andere Teil demgegenüber die gleiche Gesinnung bewähren werde. Schlägt diese Hoffnung fehl, versagt ihm vielmehr der andere Teil die Verzeihung und sucht seinerseits die Scheidung nach, so entspricht es der Billigkeit, daß nunmehr auch er selbst nicht durch sein bisheriges versöhnliches Verhalten verhindert wird, die Mitschuldigerklärung des anderen an der jetzt eintretenden Lösung der Ehe zu erreichen. Ebenso ist es, wenn die Verfehlungen des klagenden Ehegatten schon über 10 Jahre zurückliegen und deswegen dem verletzten Teil vom Gesetz zugemutet wurde, sie um der Erhaltung der Ehe willen zu verwinden, auch wenn er bisher von ihnen nichts wußte (§ 1571 Abs. 1 Satz 2 BGB. = § 57 Abs. 2 EheG.). Das war der verständige Sinn der Vorschrift des § 1574 Abs. 3 BGB.

Ganz anders aber liegt die Sache, wenn beide Ehegatten sich vergangen und beide die ihnen angetane Unbill verziehen oder doch ihr Scheidungsrecht nicht ausgeübt und infolgedessen durch Zeitablauf verloren hatten und nunmehr einer von ihnen sich eines neuen Fehltrittes schuldig macht, der allein oder in Verbindung mit seinen früheren Verfehlungen als Scheidungsgrund für den anderen hinreicht. Wenn jetzt der so aufs neue verletzte Ehegatte unter Aufgabe seines bisherigen der Erhaltung der Ehe geneigten Standpunktes wegen jenes Fehltritts die Scheidung betreibt, dann läßt es sich, mag er dabei auch die älteren Verfehlungen des anderen Teiles notwendiger- oder überflüssigerweise zur Unterstützung mit heranziehen, durch keine *allgemeingültige* Erwägung rechtfertigen, dem verklagten Ehegatten das Recht zu gewähren, nun auch seinerseits auf die alten Verfehlungen des Kl. zurückzugreifen und ihretwegen dessen Mitschuldigerklärung zu fordern. Denn hier ist es allein die Schuld des verklagten Ehegatten, daß es nun doch zur Lösung der Ehe kommt; weil die Erwartung, in der er seinerzeit davon abgesehen hatte, von dem ihm durch jene Verfehlungen erwachsenen Scheidungsrechte Gebrauch zu machen, fehlgeschlagen ist, ist es keinesfalls unbillig, ihn um seines früheren, der Erhaltung der Ehe förderlichen Verhaltens willen daran zu hindern, diese alten Verfehlungen des Kl. heranzuziehen, um dessen Mitschuldigerklärung zu erzielen.

In einem solchen Falle stellt der frühere Fehltritt des verklagten Ehegatten auch niemals mehr für sich genommen einen ausreichenden Scheidungsgrund dar, sondern kann nur zur Unterstützung der Berufung auf dessen späteres ehewidriges Verhalten herangezogen werden. Es trifft daher nicht zu, daß *dem* Grunde, aus dem jetzt die Scheidung erfolgt, jemals als abgeschlossenem und vollendetem Tatbestande die alte eigene Verfehlung des Kl. so gegenübergestanden hätte, daß der verklagte Ehegatte ihretwegen seinerseits noch hätte Scheidung begehren können, wie die Vorschrift des § 1574 Abs. 3 BGB. es voraussetzte. Diese Bestimmung war daher hier nicht anwendbar. Für den Fall, daß der neue Fehltritt des verklagten Ehegatten allein die Scheidung nicht rechtfertigen kann, seine älteren Verfehlungen also mit herangezogen werden müssen, hat der Senat das bereits in dem Urt. IV 256/37 v. 10. Febr. 1938: JW. 1938, 1111[7] ausgesprochen. Für den anderen Fall, daß der neue Fehltritt des verklagten Ehegatten allein schon ausreicht, der Kl. also gar nicht nötig hätte, sich daneben auch noch auf dessen ältere Verfehlungen zu stützen, muß es erst recht gelten.

Selbst wenn man indes der von der Rev. vertretenen abweichenden Rechtsauffassung folgen wollte, würde nach dem alten Recht doch richtig entschieden sein. Denn der Scheidungskläger kann auf sein Scheidungsrecht, solange daraufhin die Ehe noch nicht rechtskräftig geschieden ist, jederzeit auch ohne Zustimmung des anderen Teiles verzichten, und das gilt nicht bloß für dieses Recht im ganzen, sondern auch von der Berufung auf einen einzelnen von mehreren ihm zustehenden Scheidungsgründen. Im vorliegenden Falle aber hatte der Kl., nachdem die Bekl. mit der Berufung seine Mitschuldigerklärung wegen seines eigenen früheren Fehltrittes verlangt hatte, unzweideutig zu erkennen gegeben, daß er die Klage auf die Ehebrüche der Bekl. nur noch insoweit stützen wolle, als diesen sein eigener Fehltritt nicht mehr unverziehen und unverjährt gegenübergestanden habe.

Trotzdem kann das angefochtene Urteil nicht bestehen bleiben. Der Entsch. sind nämlich nun nicht mehr die Vorschriften des BGB., sondern die des Gesetzes zur Vereinheitlichung des Rechts der Eheschließung und der Ehescheidung im Lande Österreich und im übrigen Reichsgebiet v. 6. Juli 1938 zugrunde zu legen (§ 93 dieses Gesetzes). Dieses Gesetz hat aber den Rechtssatz des § 1574 Abs. 3 BGB. nicht übernommen, sondern statt dessen bestimmt, daß dem Antrage des Bekl. auf Mitschuldigerklärung des Scheidungsklägers, wenn der Bekl. bei der Klagerhebung das Recht, die Scheidung wegen Verschuldens des Kl. zu begehren, bereits verloren gehabt hatte, gleichwohl stattzugeben ist, falls dies der Billigkeit entspricht (§ 60 Abs. 3 Satz 2). Nun ergeben freilich die obigen Darlegungen zu der alten Vorschrift, daß jene Voraussetzung nur unter besonderen Umständen erfüllt sein kann, wenn die Verfehlung des Kl. zur Zeit des die Scheidung rechtfertigenden Fehltrittes des Bekl. wie hier bereits verziehen oder verjährt war. Ob solche besonderen Umstände nicht etwa im vorliegenden Falle gegeben sind, bedarf aber erst näherer Erörterung. Sollte es so sein, wie der Kl. darstellt, daß es sich nämlich bei dem, was ihm vorzuwerfen ist, lediglich um eine vorübergehende Eheirrung gehandelt hat, von der er sich nachher wieder zu rechtem ehelichen Verhalten zurückgefunden hat, für die ihm auch von der Bekl. Verzeihung gewährt worden ist, und die deshalb das eheliche Verhältnis nicht endgültig zerrüttet hat, daß dagegen die Ehe wirklich zerstört worden ist durch die jahrelange, trotz jener Aussöhnung fortgesetzte heimliche eheliche Untreue der Bekl., dann würde freilich eine Mitschuldigerklärung des Kl. nicht gerechtfertigt sein. Anders dagegen, wenn, wie die Bekl. behauptet hat, gerade der Ehebruch des Kl. es gewesen ist, der sie ihm entfremdet und dem anderen zugeführt hat, und wenn dieser

Ehebruch so schwer von ihr empfunden worden ist und der Kl., wennschon er von dem ehebrecherischen Umgange der Bekl. keine nähere Kenntnis gehabt haben mag, doch in seinen Reden und seinem Verhalten der Bekl. gegenüber eine solche Gleichgültigkeit gezeigt hat, daß es auch nachher nicht mehr zu einem rechten Eheleben zwischen den Parteien gekommen ist und die Verfehlung der Bekl. trotz ihrer langen Dauer und ihrer Heimlichkeit in milderem Lichte erscheint. Da Feststellungen hierüber sich nicht ohne neue Beweisaufnahme, sei es auch nur durch persönliche Anhörung der Parteien, treffen lassen, muß die Sache unter Aufhebung des angefochtenen Urteils zu neuer Verhandlung und Entsch. an das BG. zurückverwiesen werden (§ 93 Abs. 2 EheG.).

(RG., IV. ZivSen., U. v. 29. Aug. 1938, IV 105/38.) [B.-K.]

*

12. KG. — § 1718 BGB.; § 9 Ges. betr. familienrechtliche Vorschriften v. 12. April 1938. Stellt eine Partei den Antrag auf Blutuntersuchung zwecks Blutgruppenbestimmung, so ist diesem Antrag dann nicht stattzugeben, wenn er auf eine reine Ausforschung hinausläuft. Dies ist dann der Fall, wenn die Partei nichts vorgebracht hat, was dafür spricht, daß sie bezw. ihr Gegner oder ein Dritter als Vater nicht in Betracht kommt. Der Reifegrad eines Kindes kann ein Umstand sein, der die Anordnung der Blutuntersuchung rechtfertigt.

Der Antragsteller beabsichtigt, gegen den Antragsgegner Klage mit dem Antrag zu erheben, festzustellen, daß das vom Antragsteller abgegebene Anerkenntnis der unehelichen Vaterschaft und die Verpflichtung zur Zahlung der Unterhaltsrente nichtig seien. Zur Begründung seines Antrags hat er vorgebracht, daß nur die Erklärung der Mutter des Antragsgegners, sie habe in der Empfängniszeit nur mit ihm verkehrt, ihn zum Anerkenntnis veranlaßt habe. Er käme aber als Vater nicht in Betracht; denn er habe mit der Mutter nur einmal, und zwar am 18. Mai 1936, verkehrt; da das am 16. März 1937 geborene Kind ein normales Neunmonatskind sei, könne es aus diesem Verkehr nicht herrühren. Er hat Zeugenbeweis für den Mehrverkehr angetreten und Blutuntersuchung beantragt.

Das LG. hat das Armenrecht für die beabsichtigte Klage versagt; die Beschw. des Antragstellers ist begründet.

Das LG. hat zwar mit Recht angenommen, daß eine Anfechtung wegen arglistiger Täuschung nicht durchgreift; es hat aber nicht beachtet, daß dem Vorbringen des Antragstellers zu entnehmen ist, daß er auch geltend machen will, er sei unmöglich der Vater. Es ist anerkannten Rechts, daß er auch mit diesem Grund zu hören ist. Es ist also zu prüfen, ob für diesen Grund hinreichende Aussicht auf Erfolg besteht. Dies ist der Fall. Es genügt zwar nicht, daß die Partei, die sich zum Beweise dafür, daß sie selbst bzw. die andere Partei oder ein Dritter unmöglich der Vater sein könne, sich ohne weiteres Vorbringen auf eine Blutuntersuchung zum Zwecke der Blutbestimmung bezieht; dies würde auf eine reine Ausforschung hinauslaufen und ist daher unzulässig. Es ist vielmehr erforderlich, daß Umstände vorgebracht werden, die gewisse Zweifel an der Vaterschaft des Betreffenden rechtfertigen. Der Hinweis darauf, daß der Reifegrad des Kindes es als unwahrscheinlich erscheinen lasse, daß es von dem bisher als Vater geltenden abstamme, reicht, insbes. im Zusammenhang damit, daß für den Mehrverkehr Zeugen benannt sind, aus, um die Blutuntersuchung anzuordnen.

(KG., 8. ZivSen., Beschl. v. 13. Sept. 1938, 8 W 3867/38.)

*

13. KG. — §§ 1809 ff. BGB. Der Vormund darf die Zinsen eines Mündelsparguthabens, sobald sie auf Grund einer Bestimmung der Sparkassensatzung oder einer besonderen Vereinbarung dem Kapital des Mündelsparguthabens zugeschrieben worden sind, nicht mehr ohne Genehmigung des Gegenvormundes oder des VormGer. abheben. Ist in der Sparkassensatzung oder durch besondere Vereinbarung bestimmt, daß die fällig gewordenen Zinsen erst nach Ablauf einer bestimmten Zeit als Kapital gelten, so kann der Vormund die Zinsen innerhalb dieser Zeit ohne Genehmigung abheben.

Nach § 1809 BGB. hat der Vormund Mündelgeld mit der Bestimmung anzulegen, daß zur Erhebung des Geldes die Genehmigung des Gegenvormundes oder des VormGer. erforderlich ist. Nach § 1813 Nr. 4 BGB. bedarf der Vormund nicht der Genehmigung zur Annahme einer geschuldeten Leistung, wenn der Anspruch zu den Nutzungen des Mündelvermögens gehört. Zu den Nutzungen des Mündelvermögens gehören die Zinsen des bei der Sparkasse angelegten Mündelgeldes (§§ 100, 99 BGB.).

Ob schon der Wortlaut des § 1809 BGB. dahin zu verstehen ist, daß der anzubringende Sperrvermerk sich nicht auf die Zinsen des Mündelgeldes erstreckt, kann auf sich beruhen. Jedenfalls folgt dies aus dem Zusammenhang des § 1809 mit § 1813 Nr. 4 i. Verb. m. § 1812 BGB. Es ist auch heute herrschende Auffassung, daß der Sperrvermerk sich nicht auf die Zinsen des Mündelgeldes bezieht, jedenfalls solange sie nicht dem Kapital zugeschrieben sind (vgl. Staudinger § 1809 Anm. 1 e; § 1813 Anm. 1 d; Warneyer § 1809; Soergel § 1809; Schultheis: DJZ. 1905, 448).

Als Ausnahme von der Bestimmung in § 248 Abs. 1 BGB., wonach eine im voraus getroffene Vereinbarung, daß fällige Zinsen wieder Zinsen tragen sollen, nichtig ist, bestimmt § 248 Abs. 2 BGB., daß Sparkassen, Kreditanstalten und Inhaber von Bankgeschäften im voraus vereinbaren können, daß nicht erhobene Zinsen von Einlagen als neue verzinsliche Einlagen gelten sollen. Im Einklang damit bestimmt § 15 Abs. 5 der Mustersatzung für Sparkassen (Musa), daß die aufgelaufenen Zinsen für Spareinlagen am Jahresschluß dem Kapital zugeschrieben und mit diesem vom Beginn des neuen Rechnungsjahres an verzinst werden. Daß die Satzung als vereinbarte Grundlage des Sparvertrages zwischen Sparkasse und Sparer anzusehen ist, dagegen hat der Senat keine Bedenken.

Es ist die Frage zu beantworten, ob und wie lange der Vormund die dem Kapital zugeschriebenen Zinsen eines Mündelsparguthabens ohne Genehmigung des VormGer. abheben kann.

Bei den bei der Sparkasse gemachten Spareinlagen handelt es sich um Darlehen i. S. der §§ 607 ff. BGB. Über die Fälligkeit der ausbedungenen Zinsen bestimmt § 608 BGB., daß diese, sofern nicht ein anderes vereinbart ist, nach dem Ablauf je eines Jahres — d. h. nach Hingabe des Darlehens, nicht also am Schluß des Kalenderjahres (RGRKomm. § 608 Anm. 1) — und, wenn das Darlehen vor dem Ablauf eines Jahres zurückzuerstatten ist, bei der Rückerstattung zu entrichten sind. Über die Fälligkeit der Zinsen für Spareinlagen trifft die Musa keine ausdrückliche Bestimmung. Der schon erwähnte § 15 Abs. 5 Musa, wonach die aufgelaufenen Zinsen am Jahresschluß dem Kapital zugeschrieben werden, regelt seinem Wortlaut nach nur die Frage der Zuschreibung der Zinsen zum Kapital. Da jedoch die Übung der Sparkassen der Regelung des § 608 BGB. bei nicht im Laufe des Kalenderjahres zur Auflösung gelangenden Sparguthaben seit jeher nicht gefolgt ist, und da im Hinblick hierauf nicht angenommen werden kann, daß die Musa die wichtige Frage der Fälligkeit der Zinsen ungeregelt lassen will, so muß die Bestimmung in § 15 Abs. 5 in erweiternder Auslegung auch dahin verstanden werden, daß die Zinsen am Jahresschluß fällig werden. Demgemäß erfolgt auch, von der Auflösung des Sparguthabens abgesehen, eine Auszahlung der Zinsen seitens der Sparkassen im Laufe des Kalenderjahres grundsätzlich nicht.

Danach kann die Frage, ob und wie lange der Vormund die dem Kapital zugeschriebenen Zinsen ohne Genehmigung des VormGer. erheben kann, nur bei den Zinsen praktisch werden, die am Jahresschluß fällig werden und gleichzeitig zu diesem Zeitpunkt dem Kapital zugeschrieben werden. Denn bei den Zinsen, die im Zeitpunkt der im Laufe des Kalenderjahres erfolgenden Auflösung des Sparguthabens fällig werden, kommt eine Zuschreibung zum Kapital nicht mehr in Frage. Sie kann daher der Vormund ohne Genehmigung des VormGer. erheben.

Hinsichtlich der Frage, ob und wie lange der Vormund die am Jahresschluß fällig gewordenen und dem Kapital zugeschriebenen Zinsen ohne Genehmigung des VormGer. abheben kann, kommen folgende Erwägungen in Betracht: Macht der Vormund auf das gesperrte Sparbuch neue Kapitaleinlagen, so unterfallen diese ohne weiteres dem Sperrvermerk, d. h. zu ihrer Erhebung ist wie hinsichtlich des auf dem Sparbuch bereits vorhandenen Kapitals die Genehmigung des VormGer. erforderlich. Das gleiche muß auch dann gelten, wenn der Vormund sich die Zinsen auszahlen läßt, um sie sofort wieder als neue Kapitaleinlage einzuzahlen. Denn die Zinsen haben damit ihren Charakter als Zinsen verloren. Es kann dann aber auch keinen Unterschied ausmachen, wenn der Vormund den einfacheren Weg wählt und, statt die Zinsen sich auszahlen zu lassen und sie wieder einzuzahlen, mit der Sparkasse vereinbart, daß die aufgelaufenen Zinsen dem Kapital zugeschrieben werden sollen. Diese werden dann mit der Zuschreibung Bestandteil des Kapitals und teilen dessen Schicksal. Nach der Zuschreibung der Zinsen ist daher zu ihrer Erhebung gemäß § 1809 BGB., die Genehmigung des VormGer. erforderlich.

Nichts anderes als die Zulassung einer solchen Vereinbarung enthält nun § 248 Abs. 2 BGB., wonach Sparkassen, Kreditanstalten und Inhaber von Bankgeschäften im voraus vereinbaren können, daß nicht erhobene Zinsen von Einlagen als neue verzinsliche Einlagen gelten sollen. Zinsen, die danach als neue verzinsliche

Einlage zu gelten haben, haben damit ihren Charakter als Zinsen verloren und den als Kapitaleinlage angenommen. Ganz klar ist dies in § 15 Abs. 5 Musa zum Ausdruck gebracht, wonach die aufgelaufenen Zinsen am Jahresschluß dem Kapital zugeschrieben werden. Da die Zinsen auch erst zu diesem Zeitpunkt fällig werden, ist daher zu ihrer Erhebung ohne Genehmigung des VormGer. kein Raum.

Diese Auffassung teilt grundsätzlich auch das OLG. Naumburg in seiner Entscheidung in AkadZ. 1938, 243. Es meint jedoch, daß die Zinsen zunächst einmal „erhebbar“ gewesen sein müßten, weil der § 248 Abs. 2 BGB., dessen Regelung § 15 Abs. 5 Musa lediglich übernehmen wolle, voraussetze, daß die Zinsen nicht „erhoben“ worden seien. Diese Möglichkeit bestehe nun erst am ersten Wochentage nach der Gutschrift, also regelmäßig am 2. Januar. Erst wenn sie an diesem Tage oder — bei großem Kassenandrang — an einem der nächstfolgenden Tage nicht ausgenutzt werde, dann handele es sich um nicht erhobene Zinsen i. S. des § 248 Abs. 2. Denn dann habe der Sparer von der Möglichkeit der Zinsabhebung keinen Gebrauch gemacht und damit zu erkennen gegeben, daß er die nicht erhobenen Zinsen zum Kapital zuschlagen und also selbst Kapital werden lassen wolle.

Der Auffassung des OLG. in Naumburg kann nicht gefolgt werden. Ihm ist zuzugeben, daß § 248 Abs. 2 die Frage, von welchem Zeitpunkt an angefallene Zinsen als neue verzinsliche Einlage gelten sollen, offen und damit einer Vereinbarung überläßt. Insoweit greift aber § 15 Abs. 5 Musa ergänzend ein, der kraft Vereinbarung bestimmt, daß die aufgelaufenen Zinsen bereits am Jahresschluß, dem Zeitpunkt ihrer Fälligkeit, dem Kapital zugeschrieben und mit diesem vom Beginn des neuen Rechnungsjahres ab verzinst werden. Die Auffassung des OLG. Naumburg. die schon in dem Wortlaut des § 248 Abs. 2 BGB. keine zwingende Begründung findet, läßt sich daher jedenfalls mit der Bestimmung des § 15 Abs. 5 Musa nicht vereinbaren.

In der Anmerkung zu der genannten Entscheidung des OLG. Naumburg wird von Kleiner überhaupt verneint, daß die Zinsen mit der Zuschreibung zum Kapital ihren Charakter als Zinsen verlören. Kleiner führt aus, daß der Gesetzgeber mit § 248 Abs. 2 BGB. lediglich eine Ausnahme von dem in Abs. 1 ausgesprochenen Zinseszinsverbot habe zulassen wollen, daß aber nichts dafür spreche, daß er damit in Abweichung von § 1813 Nr. 4 BGB., die Abhebung von Zinsen von einer Genehmigung des VormGer. abhängig zu machen beabsichtigt habe. Zur Beseitigung eines Widerspruchs mit dem Zinseszinsverbot sollten nicht erhobene Zinsen von Einlagen als neue verzinsliche Einlagen „gelten“. Sie würden also nicht schlechthin zu solchen, sondern es werde nur hinsichtlich der Verzinsung unterstellt, daß sie neue Einlagen seien. Die Natur der fraglichen Beträge als Zinsen werde durch diese Fiktion nicht berührt.

Richtig ist an den Ausführungen Kleiners, daß mit der erwähnten Bestimmung in Abs. 2 eine Ausnahme von dem Verbot des Abs. 1 hinsichtlich der im voraus getroffenen Vereinbarung über Zinseszinsen beabsichtigt war (vgl. Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des BGB., I, 475). Der Gesetzgeber hat diese Ausnahme in Abs. 2 aber gerade in Form einer Vereinbarung dahin für zulässig erklärt, daß nicht erhobene Zinsen als neue verzinsliche Einlagen gelten sollen (vgl. OLG. Kiel: SeuffArch. 73, 115). Aus dem Wort „gelten“ kann aber nicht entnommen werden, daß der Gesetzgeber die nicht erhobenen Zinsen nur gerade hinsichtlich der Verzinsung, nicht also auch im übrigen als neue Einlagen angesehen wissen wollte. Eine solche Auslegung erscheint von vornherein gekünstelt. Abgesehen davon lag zur Aufstellung einer solchen Fiktion hinsichtlich der Verzinsung aber auch nicht der mindeste Anlaß vor. Es wäre leicht möglich gewesen, in irgendeiner Form zum Ausdruck zu bringen, daß in Ausnahme von § 248 Abs. 1 mit Sparkassen, Kreditanstalten und Inhabern von Bankgeschäften hinsichtlich der bei diesen gemachten Einlagen vereinbart werden darf, daß nicht erhobene Zinsen wieder Zinsen tragen sollen. Bei der Sorgfalt, mit der das BGB. abgefaßt worden ist, kann nicht davon ausgegangen werden, daß der Gesetzgeber eine völlig überflüssige Fiktion aufgestellt hat.

Mag bei einer Vereinbarung, die sich an den Wortlaut des § 248 Abs. 2 BGB. anlehnt, unter Berücksichtigung des Zweckes dieser Bestimmung nicht ganz unzweifelhaft sein, ob nicht erhobene Zinsen neue verzinsliche Einlagen seien oder nur hinsichtlich der Verzinsung als solche gelten sollen, so verschwindet jeder Zweifel, wenn § 15 Abs. 5 Musa zugrunde zu legen ist. Dort ist klar und eindeutig bestimmt, daß die aufgelaufenen Zinsen am Jahresschluß dem Kapital zugeschrieben und mit diesem vom Beginn des neuen Rechnungsjahres ab verzinst werden.

In diesem Zusammenhang weist nun Kleiner auf die Bestimmung in § 23 Abs. 2 RGes. über das Kreditwesen v. 5. Dez. 1934 (RGBl. I, 1203) hin, wo bestimmt ist, daß die Verzinsung von Spareinlagen bei Einzahlung bis zum 15. eines Monats mit dem 1. des nächsten Monats, bei Einzahlung in der zweiten Hälfte eines Monats mit dem 15. des nächsten Monats beginnt. Wollte man diese Bestimmung auf die am Jahresschluß dem Kapital zugeschriebenen Zinsen anwenden, so dürfte in der Tat ihre Verzinsung nicht schon am 1. Jan., sondern sie könnte erst am 15. Jan. beginnen. Richtig ist auch, worauf Kleiner weiter hinweist, daß der Reichskommissar für das Kreditwesen in seinen durch RdErl. des RuPrWiM. v. 29. Febr. 1936 (abgedr. bei Perdelwitz-Fabricius-Kleiner, „Das preußische Sparkassenrecht“ [2] S. 425) veröffentlichten Richtlinien zur Auslegung der §§ 22, 23 KWG. bestimmt hat, daß die Vorschrift des § 23 Abs. 2 nicht für die Gutschriften von auf demselben Sparkonto entstandenen Zinsen gilt, daß hier vielmehr die Verzinsung mit der Wertstellung der Zinsgutschrift beginnt (II b 3). Auch hat der Reichskommissar in den erwähnten Richtlinien bestimmt, daß die nach § 23 Abs. 3 KWG. geltenden Beschränkungen für die Rückzahlung von Spareinlagen auf kapitalisierte Zinsen keine Anwendung finden, wenn über diese innerhalb eines Monats nach Wertstellung verfügt wird (II c 5). Jedoch können die Richtlinien des Reichskommissars nicht irgendwie, wie Kleiner es will, zur Begründung dafür herangezogen werden, daß die zugeschriebenen Zinsen nicht als Kapitaleinlage anzusehen sind, sondern nur als solche hinsichtlich der Frage der Verzinsung zu gelten haben. Denn die Richtlinien betreffen lediglich die Auslegung des Gesetzes über das Kreditwesen. Sie lassen im übrigen auch nicht einmal erkennen, daß die erwähnten Ausnahmen gerade darin ihre Begründung finden, daß die zugeschriebenen Zinsen von dem Reichskommissar nicht im eigentlichen Sinne als Kapitaleinlage, sondern nur für die Frage der Verzinsung als solche angesehen werden. Auch wenn die Zinsen nach Gutschrift als Kapitaleinlage im eigentlichen Sinne anzusehen sind, läßt sich ihre Sonderbehandlung im Hinblick auf ihren wirtschaftlichen Charakter als Erträgnisse des bereits vorhandenen Kapitals rechtfertigen. Übrigens spricht II c 5 der Richtlinien von „kapitalisierten“ Zinsen, was nach der Auffassung Kleiners nicht nötig wäre.

Hiernach ist davon auszugehen, daß nach § 15 Musa dem Kapital zugeschriebene Zinsen damit den Charakter von Kapitaleinlagen erlangen und daher gemäß § 1809 BGB. nicht ohne Genehmigung des Gegenvormundes oder des VormGer. abgehoben werden dürfen (vgl. dazu § 17 Abs. 3 Musa). Da, von der Auflösung eines Sparguthabens im Laufe des Kalenderjahres abgesehen, in welchem Fall eine Zuschreibung der Zinsen zum Kapital nicht mehr in Frage kommt und daher der Vormund frei über sie verfügen kann, die Zuschreibung der Zinsen im Augenblick der Fälligkeit erfolgt, ist daher zu einer Abhebung der Zinsen ohne Genehmigung des Gegenvormundes oder des VormGer. kein Raum.

Will man entgegen dem Standpunkte des Senats annehmen, daß nichterhobene Zinsen ihren Charakter als Zinsen bewahren und lediglich hinsichtlich der Frage der Verzinsung als neue verzinsliche Einlagen gelten sollen, dann hätte dies zur Folge, daß der Vormund unbefristet über sie frei verfügen kann. Eine Regelung dahin, daß der Vormund nach Zuschreibung der Zinsen nur noch für einen bestimmten Zeitraum frei über sie verfügen darf, könnte nur völlig willkürlich getroffen werden.

Ob es angebracht ist, dem Vormund die freie Verfügung über die Erträge des Mündelguts zu überlassen, ist hier nicht zu erörtern. Größere Vermögen werden im allgemeinen nicht bei Sparkassen angelegt. Der Zinsertrag bei diesen ist also meist so gering, daß nach den Erfahrungen des Senats eine Abhebung der Zinsen allein selten vorkommt. Das Bedürfnis zu einer neuen Regelung darf deshalb nicht überschätzt werden. Erkennt man es an, so wäre etwa vorzuschlagen, dem § 15 Abs. 5 Musa und den Sparkassensatzungen folgende Fassung zu geben:

> Zinsen werden, sofern nicht zuvor die ganze Spareinlage aufgelöst wird, jeweils am Jahresschlusse fällig. Werden sie nicht im Januar des folgenden Jahres abgehoben, so gelten sie nunmehr als Kapital und werden mit diesem bereits vom Beginn des neuen Jahres ab verzinst.

Der Senat beantwortet danach die im Erlaß des Herrn RJustMin. v. 12. März 1938 gestellte Frage wie folgt:

Der Vormund kann die auf Grund des § 15 Abs. 5 der Mustersatzung für Sparkassen oder einer besonderen Vereinbarung dem Kapital eines Mündelsparguthabens zugeschriebenen Zinsen nicht ohne Genehmigung des Gegenvormundes oder des VormGer. abheben.

(KG., 1 a ZivSen., Gutachten v. 20. Mai 1938, 1 a Gen. VII. 1. 38/3.)

*

14. KG. — §§ 2069, 2094, 2096, 2104, 2234, 2235 BGB.

1. § 2104 S. 1 BGB. über die konstruktive Nacherbfolge findet auch dann Anwendung, wenn der Erblasser einen Nacherben bestimmt hat, diese Bestimmung aber gemäß § 2235 Abs. 2 BGB. nichtig ist.

2. Als „Wegfall" eines Erben (oder Nacherben) i. S. des § 2096 BGB. (ebenso des § 2094 BGB.) gilt auch der Fall, daß die Einsetzung eines Erben (oder Nacherben) gemäß § 2235 Abs. 2 BGB. nichtig ist.

Aus der Ehe der am 24. Mai 1929 verstorbenen verwitweten Frau Auguste B. geb. S. mit dem im Jahre 1897 verstorbenen Landwirt Friedrich B. sind zwei Kinder hervorgegangen, nämlich der am 18. Okt. 1937 ledig und ohne Hinterlassung einer Verfügung von Todes wegen verstorbene Arthur B. und die am 18. Juni 1923 verstorbene Martha Sch. geb. B. Die einzige Tochter der Martha Sch. ist die am 13. Febr. 1920 geborene Edeltraut Sch. Die Erblasserin hat drei Schwestern. Aus der Ehe der einen Schwester, der Frau Dorothea F. geb. S. ist ein Sohn, der Uhrmacher Fritz T., hervorgegangen, der seinerseits drei Kinder besitzt. Die im Jahre 1924 verstorbene Schwester des Fritz T., Elfriede Br. geb. T., war mit dem Justizsekretär Gustav Br. verheiratet gewesen.

Frau Auguste B. hatte am 24. März 1924 ein notarielles Testament errichtet, wobei der Justizsekretär Gustav Br., der Schwager des Fritz T., als Zeuge mitwirkte. In dem Testament heißt es:

„Zu meinem alleinigen Erben setze ich meinen Sohn, den Landwirt Arthur B., ein. Als Nacherbe nach dem Tode meines Sohnes setze ich den Uhrmacher Fritz T. ein. T. ist aber nur auf dasjenige eingesetzt, was von der Erbschaft bei dem Eintritt der Nacherbfolge übrig sein wird. Meine Enkeltochter Edeltraut Sch. schließe ich ausdrücklich von der Erbfolge aus und bestimme, daß sie nur den ihr nach dem Gesetz zustehenden Pflichtteil erhalten soll."

Edeltraut Sch. beantragte mit dem Bemerken, daß die Einsetzung des Fritz T. als Nacherben gemäß den §§ 2234, 2235 BGB. nichtig sei, ihr zwei Erbscheine dahin zu erteilen, daß 1. Arthur B. alleiniger Testamentserbe nach Auguste B. und 2. daß sie selbst alleinige gesetzliche Erbin nach Arthur B. sei. Das Nachlaßgericht lehnte beide Anträge ab. Auf eine Beschw. der Edeltraut Sch. hob das LG. die Verfügungen des Nachlaßgerichts auf und wies dieses an, von seinen Bedenken Abstand zu nehmen. Die weitere Beschw. des Fritz T. hat keinen Erfolg.

Die Auffassung des LG., daß der Antrag auf Erteilung des Erbscheins nach Arthur B. begründet ist, gibt zu rechtlichen Bedenken keinen Anlaß. Das Testament der Auguste B. ist für die Erbfolge nach Arthur B. ohne Bedeutung. Arthur B. selbst hat keine Verfügung von Todes wegen hinterlassen. Seine gesetzliche Erbin ist, da er ledig verstorben ist und seine beiden Eltern und seine einzige Schwester Martha Sch. vor ihm verstorben sind, die einzige Tochter der letztgenannten, Edeltraut Sch., gemäß § 1925 BGB.

Durch die Entsch. des LG. hinsichtlich des Erbscheinsantrages nach der Auguste B. ist der BeschwF. Fritz T. selbst nicht beschwert.

Richtig ist zunächst die Annahme des LG., daß die Zuwendung an Fritz T., nämlich seine Einsetzung zum Nacherben, gemäß der zwingenden Vorschrift des § 2235 Abs. 2 BGB. nichtig ist, weil bei der Testamentserrichtung Gustav Br. als Zeuge mitgewirkt hat, der mit dem bedachten Fritz T. im zweiten Grade der Seitenlinie verschwägert ist (§ 2235 Abs. 1, 2234 Ziff. 2 BGB.). Selbst wenn die Ehefrau des Zeugen vor der Errichtung des Testaments verstorben sein sollte, könnte eine andere Beurteilung nicht Platz greifen, weil die Schwägerschaft fortdauert, auch wenn die sie begründende Ehe — z. B. durch Tod — aufgelöst ist (§ 1590 Abs. 2 BGB.). Auch die Feststellung, daß die Nichtigkeit der Einsetzung des Fritz T. zum Nacherben die Berufung des Arthur B. als Vorerben gemäß § 2085 BGB. nicht berühre, beruht auf einer einwandfreien Würdigung des Sachverhalts und ist daher für den Senat bindend.

Dagegen ist die Ansicht des LG., daß die Vorschrift des § 2104 BGB. keine Anwendung finde, weil die Erblasserin einen Nacherben, wenn auch in unwirksamer Weise, bestimmt habe, und daß deshalb Arthur B. unbeschränkter Alleinerbe nach der Erblasserin geworden sei, von Rechtsirrtum beeinflußt. Im § 2104 BGB. wird zwar vorausgesetzt, daß der Erblasser einen Erben lediglich für beschränkte Zeit ernannt hat, ohne überhaupt zu bestimmen, wer später die Erbschaft erhalten soll. Einem völligen Fehlen einer Bestimmung der Person des Nacherben muß aber die Unwirksamkeit einer getroffenen Bestimmung gleichgestellt werden. In dem Beschluß 1 b X 618/32: DNZ. 33, 286 (vgl. auch 1 Wx 173/37: JFG. 15, 309 und RG.: Gruch. 52, 130 = JW. 1907, 259) hat der Senat dies für den Fall angenommen, daß der vom Erblasser namhaft gemachte Nacherbe vor dem Eintritt des Erbfalls durch Tod weggefallen ist. Ob die Unwirksamkeit der Bestimmung auf einem solchen vorzeitigen Wegfall oder auf anderen, vor dem Eintritt des Erbfalls eingetretenen Gründen, insbes. auf einem Verstoß gegen § 2235 Abs. 2 BGB. beruht, kann keinen Unterschied machen. Bei dieser Rechtslage hängt die Anwendung des § 2104 BGB. in erster Linie davon ab, ob die Erblasserin auch für den Fall der Kenntnis von der Unwirksamkeit der Berufung des Fritz T. als Nacherben ihrem Sohn Arthur B. nur die Stellung eines — befreiten — Vorerben hat einräumen wollen. Ob ein solcher Wille aus dem Testament oder aus Umständen außerhalb des Testaments zu entnehmen ist, ist bisher nicht erörtert worden. Bei Bejahung dieser Frage würden als Nacherben diejenigen eingesetzt sein, die gesetzliche Erben der Erblasserin sein würden, wenn sie zur Zeit des Eintritts der Nacherbfolge, d. h. des Todes des Arthur B., verstorben wäre. Zu diesen gesetzlichen Erben würde die Antragstellerin Edeltraut Sch. dann nicht gehören, wenn der im Testament angeordnete Ausschluß ihrer Person von der Erbfolge (§ 1938 BGB.) wirksam geblieben sein sollte (RGRKomm., 8. Aufl., § 2104 Anm. 1). Als gesetzliche Erben kämen dann nur die Schwestern der Erblasserin, und, soweit diese in dem maßgebenden Zeitpunkt weggefallen sein sollten, deren Abkömmlinge in Frage (§§ 1925 Abs. 1, 1924 Abs. 2 BGB.). Da die Mutter des Fritz T., die Frau Dorothea T., den maßgebenden Zeitpunkt erlebt hat, ist durch sie Fritz T. auch als Mitnacherbe nach der Erblasserin ausgeschlossen. Dabei kann dahingestellt bleiben, ob überhaupt eine Person, deren Einsetzung als Nacherbe gemäß § 2235 Abs. 2 BGB. nichtig ist, im Hinblick auf den Grundgedanken dieser Vorschrift trotzdem auf dem Umweg über § 2104 BGB. Nacherbe werden könnte. Auch im Falle einer Anwendung des § 2104 BGB. ist daher Fritz T. selbst durch den angefochtenen Beschluß, soweit dieser den Erbscheinsantrag nach der Auguste B. für begründet erachtet, jedenfalls nicht beschwert.

Ebenso fehlt es an einer Beschwerung des Fritz T., wenn, was von den Vorinstanzen ebenfalls bisher noch nicht geprüft ist, das Testament eine stillschweigende Einsetzung der etwaigen Abkömmlinge des Fritz T. als Ersatznacherben enthalten sollte.

Gemäß § 2096 BGB. kann der Erblasser für den Fall, daß ein Erbe (oder Nacherbe) vor oder nach dem Eintritt des Erbfalls (Nacherbfalls) wegfällt, einen anderen als Erben, d. h. als Ersatzerben (Ersatznacherben), berufen. Nach der Ausdrucksweise des BGB. ist „Wegfall" in diesem Sinne zweifellos das Ausscheiden des zunächst eingesetzten Erben durch Tod vor Eintritt des Erbfalls (Nacherbfalls) — §§ 1923, 2108 Abs. 1 BGB. —, durch Erbverzicht (§ 2352 BGB.), durch Ausschlagung (§ 1953 BGB.), durch Erbunwürdigkeitserklärung (§ 2344 BGB.), durch Tod vor Eintritt der mit der Wirkung der Unvererblichkeit des Erbrechts gesetzten Bedingung (§ 2074 BGB.), durch erfolgreiche Anfechtung (§ 2078 BGB.) oder durch Nichterteilung der nach den Art. 86, 87 EGBGB. erforderlichen staatlichen Genehmigung (vgl. auch RGZ. 95, 98). Ob darüber hinaus ein Wegfall auch dann vorliegt, wenn die Erbeinsetzung von Anfang an nichtig ist, ist streitig. Der Senat hat diese Frage für das Anwendungsgebiet der §§ 2094, 2096 BGB. in Übereinstimmung mit Crome, § 689 Note 54, und Kretzschmar, 2. Aufl., § 28 II S. 156, im Beschluß OLG. 43, 394 bejaht. Anderer Auffassung sind das OLG. Karlsruhe im Urt. v. 3. Juli 1913: BadRspr. 1913, 165 = ZBlFG. 14, 236; Binder: BayRpflZ. 1908, 195; Kipp, 8. Bearb., § 47 Nr. I, 3, b und Fußnote 8, und neuerdings Planck, 4. Aufl., § 2094 BGB. Anm. 2, b, Staudinger, 9. Aufl., § 2094 BGB. Anm. 3 und § 2096 BGB. Anm. 2 und RGRKomm., 8. Aufl., § 2094 BGB. Anm. 1. Der Senat hält auch bei nochmaliger Prüfung an seiner Ansicht fest. Wenn das Ausscheiden eines Erben durch eine erfolgreiche Anfechtung (§ 2078 BGB.) mit der sich aus § 142 Abs. 1 BGB. ergebenden Wirkung, daß die Erbeinsetzung als von Anfang an nichtig anzusehen ist, einen Wegfall darstellt, muß das gleiche für eine ursprüngliche Nichtigkeit der Erbeinsetzung gelten. Die rechtliche Konstruktion der Wirkung der Nichtigkeit und der Anfechtbarkeit einer Verfügung ist von dem allein maßgeblichen Standpunkt des Erblassers aus ohne jede Bedeutung. Für ihn ist nur das gleiche rechtliche Ergebnis von Interesse. In dem einen wie in dem anderen Falle scheidet der zunächst berufene Erbe endgültig aus. In beiden Fällen entspricht es dem mutmaßlichen Willen des Erblassers, an die Stelle des unwirksam eingesetzten Erben den etwa wirksam eingesetzten Nacherben treten zu lassen. Die ursprüngliche, unwirksame Erbeinsetzung als nicht geschehen zu betrachten und so zu verfahren, als ob von vornherein nur die übrigen Einsetzungen geschehen wären, ist ein Widerspruch in sich und würde im übrigen zu dem unbilligen, mit der Vorstellung des Erblassers am wenigsten zu vereinbarenden Ergebnis führen, daß bei einer nichtigen Miterbeneinsetzung eine Anwachsung nicht

stattfindet und daß bei einer nichtigen Alleinerbeinsetzung die Ersatzberufung gegenstandslos wird.

Für die Ersatzberufung der Abkömmlinge des Fritz T. ließe sich allerdings nicht die gesetzliche Auslegungsregel des § 2069 BGB. verwerten. Denn diese Vorschrift setzt voraus, daß der Erblasser einen seiner Abkömmlinge bedacht hat und dieser nach der Errichtung des Testaments wegfällt, während hier der Neffe bedacht ist und dessen Einsetzung von Anfang an unwirksam ist. Indessen kann, wie in ständiger höchstrichterlicher Rspr. angenommen wird (RG.: RGZ. 99, 82; KG.: HöchstRRspr. 1928 Nr. 959 u. a.), im Hinblick auf den Grundgedanken dieser Bestimmung und der ähnlichen Vorschriften der §§ 2068 und 2070 BGB. auch in der Erbeinsetzung anderer naher Verwandter im Wege der Auslegung des Testaments, gegebenenfalls unter Zuhilfenahme anderweitiger, außerhalb des Testaments liegender Umstände, ein auf die Ersatzberufung der Abkömmlinge eines etwa wegfallenden Erben gerichteter Wille des Erblassers gefunden werden. Bei einer solchen Auslegung ist insbes. zu beachten, daß es dem natürlichen Volksempfinden entspricht, daß, je nach dem näheren oder weiteren Grade der Verwandtschaft der als Erben eingesetzten Personen zu dem Erblasser, eine größere oder geringere Wahrscheinlichkeit für die Annahme eines derartigen Willens besteht. Der Unterschied zwischen den Fällen der §§ 2068, 2069, 2070 BGB. und einem Falle der vorl. Art besteht also lediglich darin, daß dort der zu einer wirksamen Ersatzerbeinsetzung erforderliche Wille des Erblassers gesetzlich vermutet wird, während er außerhalb des Anwendungsgebiets der Vorschrift im Zweifelsfalle nicht festzustellen ist. Es kommt also im vorl. Fall darauf an, ob hinreichende Anhaltspunkte für die Annahme gegeben sind, daß die Erblasserin ihren Neffen Fritz T. bei dessen Nacherbeinsetzung nur als denjenigen bezeichnet hat, der als Haupt seiner Familie die Erbschaft erhalten solle, ob sie also die Erbschaft seinem Stamme hat zuwenden wollen. Nach dieser Richtung ist der Sachverhalt bisher nicht aufgeklärt. Sollte eine stillschweigende Ersatzberufung der Abkömmlinge des Fritz T. vorliegen, dann würde ihre Wirksamkeit jedenfalls nicht auf Grund der §§ 2234, 2235 BGB. in Zweifel gezogen werden können, weil der Testamentszeuge Gustav Br. mit den Abkömmlingen des Fritz T. nur im dritten Grade der Seitenlinie verschwägert ist. Für diesen Fall würde ferner die Vorschrift des § 2104 BGB. außer Anwendung bleiben, weil infolge des Wegfalls des Nacherben die als Ersatznacherben eingesetzten Abkömmlinge ohne weiteres an seine Stelle getreten wären. Befreiter Vorerbe nach der Auguste B. wäre also Arthur B. und Nacherben wären die Abkömmlinge des Fritz T. geworden. Nach dem inzwischen erfolgten Eintritt des Nacherbfalls könnte dann nur den Abkömmlingen des Fritz T. ein Erbschein nach der Auguste B. unter Erwähnung des Zeitpunktes des Eintritts des Nacherbfalls erteilt werden. Auch im Falle einer stillschweigenden Ersatznacherbeneinsetzung der Abkömmlinge des Fritz T. ist daher Fritz T. selbst durch den angefochtenen Beschluß nicht beschwert.

Hiernach mußte seine Beschw. in vollem Umfange zurückgewiesen werden.

Das Nachlaßgericht wird nun allerdings beide Erbscheine entsprechend der bindenden Anweisung des LG. zu erteilen haben. Es ist aber im Hinblick darauf, daß Entsch. im Erbscheinsverfahren keine materielle Rechtskraft haben (1 Wx 293/36: JFG. 14, 286 = JW. 1936, 3486 = DNZ. 37, 66 = DFG. 36, 260), nicht gehindert, alsbald von Amts wegen (§ 2361 BGB., § 12 RFGG.) in eine Erörterung darüber einzutreten, ob unter Berücksichtigung der obigen Ausführungen etwa die Einziehung des den Arthur B. als Alleinerben nach der Auguste B. ausweisenden Erbscheins als unrichtig geboten sein wird.

(KG., 1. ZivSen., Beschl. v. 1. Sept. 1938, 1 Wx 370/38.)
[H.]

*

15. RG. — §§ 2100 ff. BGB. Zur Frage, wann Verbindlichkeiten, die der Vorerbe in Verwaltung des Nachlasses eingegangen ist, als Eigenverbindlichkeiten und wann dieselben als Nachlaßverbindlichkeiten anzusehen sind.

Der Apothekenbesitzer V. in O. setzte durch Testament seine Ehefrau als (nicht befreite) Vorerbin und die Erstbekl. als Nacherbin ein. Er starb im Jahre 1922 und hinterließ das Grundstück O. Nr. 55 mit der darin betriebenen Apotheke und Drogerie. Die Vorerbin führte dieses Geschäft als im Handelsregister eingetragene Inhaberin fort. Sie trat mit der Kl. in Bankverbindung. Diese richtete unter Eröffnung eines Kredits bis zu 8000 RM ein auf die Firma „A.-Apotheke und A.-Drogerie" lautendes Konto ein, das in laufender Rechnung (gem. § 355 HGB.) den Zahlungsverkehr des Geschäfts aufnehmen sollte. Die Vorerbin starb im Jahre 1936. Die Erstbekl. trat die Nacherbschaft an, während die Vorerbin persönlich von den Geschwistern Gerda, Ingrid und Gisela R. in B. beerbt wurde.

Die Kl. verlangt von der Erstbekl. als Nacherbin Zahlung des sich nach Kündigung des laufenden Kontos beim Rechnungsabschluß am 30. Juni 1937 zu ihren Gunsten ergebenden Saldos von 6829,20 RM nebst 7% Zinsen seit dem 1. Juli 1937 und vom Zweitbekl. Duldung der Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut der Erstbekl. Diese Schuld bilde, so meint sie, eine Nachlaßverbindlichkeit. Die Bekl. sind dieser Auffassung entgegengetreten und haben geltend gemacht, die Belastungen des Kontos ständen zum großen Teil zu dem Nachlaß in keiner Beziehung. Es handele sich um die Zahlung von Hypothekenzinsen, Steuern, Gebühren für Licht und Gas, Rechtsanwaltsgebühren und in einem Falle sogar um die Ausstellung eines Reisekreditbriefs über 1000 RM. Soweit die Rechnungsposten sich auf den Nachlaß bezögen, beträfen sie nur die gewöhnlichen Erhaltungskosten, die Eigenverbindlichkeiten der Vorerbin seien und aus den Geschäftseinnahmen gut hätten bestritten werden können.

Das LG. hat die Klage abgewiesen, das OLG. nach dem Klageantrage erkannt.

Die Rev. führte zur Aufhebung und Zurückverweisung.

Das BG. hält die streitige Schuld für eine Nachlaßverbindlichkeit. Es erwägt hierzu folgendes: Die Einrichtung des Kontokorrentkontos und der Abschluß des Kreditvertrags seien Rechtsgeschäfte, die die Vorerbin als Kaufmann beim Betriebe des zum Nachlaß gehörenden Handelsgewerbes vorgenommen habe. Die daraus entstandene Verpflichtung sei eine Nachlaßverbindlichkeit, wenn sie vom Standpunkt eines sorgfältigen Verwalters in ordnungsmäßiger Verwaltung des Nachlasses eingegangen sei. Für diese Beurteilung sei die objektive Sachlage maßgebend. Ein laufendes Bankkonto in Verbindung mit einem Betriebskredit entspreche der ordnungsmäßigen Führung des zum Nachlaß gehörigen Geschäfts. Die vorgelegten Bilanzen und der Ertrag des Geschäfts ließen auf mehrfachen Umschlag des Warenlagers schließen. Ein Betriebskredit sei daher notwendig gewesen. Es treffe zwar zu, daß die einzelnen Rechnungsposten Einnahmen und Ausgaben beträfen, die im Verhältnis der Vorerbin zur Nacherbin in der Hauptsache die erstere angingen. Das habe aber mit der Frage, ob die Vorerbin in ordnungsmäßiger Verwaltung das Konto eingerichtet und den Betriebskredit in Anspruch genommen habe, nichts zu tun. Für die Kl. sei das ebenfalls belanglos gewesen. Maßgebend für sie sei nur der beim Vierteljahresabschluß sich ergebende Saldo, während nach dem Wesen des Kontokorrentvertrages die einzelnen Rechnungsposten keine Bedeutung hätten.

Diese Begründung der Eigenschaft der streitigen Schuld als Nachlaßverbindlichkeit ist nicht frei von Rechtsirrtum. Verbindlichkeiten, die der Vorerbe in Verwaltung des Nachlasses eingegangen ist, sind regelmäßig Eigenverbindlichkeiten des Vorerben. Sie können aber zugleich Nachlaßverbindlichkeiten sein, soweit sie der Vorerbe vom Standpunkt eines sorgfältigen Verwalters in ordnungsmäßiger Verwaltung des Nachlasses eingegangen ist. Aber auch beim Vorliegen dieser Voraussetzung kann es dem beiderseitigen Willen entsprechen, daß der Gläubiger unter Ausschließung der Haftung des Nachlasses lediglich auf die persönliche Haftung des Vorerben angewiesen sein soll. Andererseits ist auch ein ausdrücklich erklärter beiderseitiger Wille, eine Nachlaßverbindlichkeit zu begründen, dann nicht maßgebend, wenn die Eingehung des Rechtsgeschäfts zur ordnungsmäßigen Verwaltung des Nachlasses nicht erforderlich war (RGZ. 96, 91; 112, 131 = JW. 1926, 1544; RGZ. 146, 343 = JW. 1935, 1405 [7] [m. Anm.]; RG.: JW. 1927, 1196 [11]; HöchstRRspr. 1932 Nr. 1056). Der BerR. hätte also in erster Linie prüfen müssen, ob die vertraglichen Vereinbarungen, unter denen die Vorerbin den Kredit der Kl. in Anspruch genommen hat, dem Willen der Vertragschließenden, für die sich aus der Kreditgewährung ergebenden Ansprüche die Haftung des Nachlasses zu begründen, feststellen lassen. In dieser Richtung fehlt es an einer aus-

reichenden Prüfung. Der Umstand, daß die Vorerbin als Inhaberin des zum Nachlaß gehörigen Geschäfts die Bankverbindung mit der Kl. eingegangen ist, und daß die im Rahmen dieser Verbindung abgeschlossenen Geschäfte auf einem Konto der Firma verbucht wurden, ist in dieser Hinsicht von untergeordneter Bedeutung. Von größerer Erheblichkeit ist die vom BerR. nicht gewürdigte Tatsache, daß die Vorerbin für den zu gewährenden Bankkredit aus ihrem eigenen, nicht zum Nachlaß gehörigen Vermögen durch Abtretung von zwei Hypotheken Sicherheit geleistet hat. Bedeutungsvoll ist es auch, daß die Vorerbin nicht befreit, also in der Verfügung über den Nachlaß beschränkt war, andererseits aber als Nutzungsberechtigte nach dem Vorbringen der Bekl. über einen so erheblichen Reinertrag verfügt hat, daß der für den Betrieb des Geschäfts benötigte Kredit daraus gedeckt werden konnte.

Wenn diese, im übrigen auf alle Umstände des Falles zu erstreckende Prüfung den Willen der Vertragschließenden, nur eine persönliche Haftung der Vorerbin zu begründen, nicht ergeben sollte, kommt es darauf an, ob die streitige Schuld von der Vorerbin in ordnungsmäßiger Verwaltung des Nachlasses begründet ist. Auch die vom BerR. in dieser Hinsicht angestellte Prüfung ist rechtlich unzureichend. Es mag zutreffen, daß die Einrichtung eines Bankkontos und die Eröffnung eines laufenden Kredits an sich der ordnungsmäßigen Geschäftsführung und Nachlaßverwaltung entsprach. Damit ist aber nicht die Frage beantwortet, ob die tatsächliche Inanspruchnahme des Bankkredits, aus der die streitige Schuld erwachsen ist, sich im Rahmen einer ordnungsmäßigen Verwaltung gehalten hat. Wenn der BerR. diese Frage im Hinblick auf die rechtliche Natur der Klageforderung als Kontokorrentsaldo für unbeachtlich hält, so kann dieser Auffassung nicht beigetreten werden. Die Prüfung, ob eine vom Vorerben eingegangene Schuld als Nachlaßverbindlichkeit anzusprechen ist, kann auch bei einem Kontokorrentsaldo sich nicht darauf beschränken, ob die Einrichtung des Kontos dem Bedürfnis entsprochen hat. Die durch die Saldoziehung eingetretene Rechtswirkung des Unterganges der Einzelforderungen ist auch in diesem Falle nicht geeignet, dem Schuldsaldo die Eigenschaft einer Nachlaßverbindlichkeit zu verleihen, soweit in dem Konto sich Schuldposten befinden, die mit der ordnungsmäßigen Verwaltung des Nachlasses nichts zu tun haben. Die Prüfung, ob eine Nachlaßverbindlichkeit vorliegt, muß sich daher auf die einzelnen Rechnungsposten erstrecken, da nur diese aufzuzeigen vermögen, ob und inwieweit der Schuldsaldo durch Maßnahmen einer ordnungsmäßigen Verwaltung des Nachlasses entstanden ist. Das BG. hätte sich daher dieser Prüfung nicht entziehen und der Behauptung der Bekl. nachgehen müssen, daß die Vorerbin das Konto mit Entnahmen belastet habe, die mit dem Nachlaß in keinem Zusammenhange gestanden hätten oder, sofern es sich dabei um gewöhnliche Erhaltungskosten handelte, aus den nicht durch das Konto gelaufenen Geschäftseinnahmen hätten gedeckt werden können.

Das BG. hat schließlich noch folgendes erwogen: Aus dem Verhalten der Erstbekl. sei zu entnehmen, daß sie mit der damaligen Einrichtung des Kontos einverstanden gewesen sei, und daß sie es selbst als zum Nachlaß gehörig angesehen habe. Seit dem Tode der Vorerbin im Juli 1936 habe sie das streitige Kreditverhältnis mit der Kl. weiter aufrechterhalten und Einnahmen und Ausgaben des zum Nachlaß gehörigen Geschäftsbetriebs in der bisherigen Weise über das Konto laufen lassen. Der sich bei der Kündigung ergebende Saldo müsse daher auch von ihr als Inhaberin des Geschäfts ausgeglichen werden.

Die Rev. rügt, für diese Annahme des BG. fehle im Vorbringen der Parteien jede Grundlage. Eine Aufklärung des Sachverhalts würde ergeben haben, daß die Bekl. nach dem Tode der Vorerbin bei der Kl. die Schließung des alten Kontos verlangt und die Anlegung eines neuen Kontos beantragt habe. Die Kl. habe davon Kenntnis genommen, es aber für notwendig erklärt, daß die Buchungen zunächst auf dem alten Konto weitergeführt würden. Die Erstbekl. sei damit unter dem Vorbehalt einverstanden gewesen, daß daraus keinerlei Schlüsse für die Rechtslage gezogen werden dürften. Am 16. Nov. 1936 sei das alte Konto geschlossen und der seit dem Tode der Vorerbin aufgelaufene Schuldbetrag von 665,21 *RM* an die Kl. gezahlt worden.

Das schriftsätzliche Vorbringen der Parteien und der Tatbestand des Urteils bietet in der Tat für den vom BerR. angenommenen und als selbständigen Klagegrund gewürdigten Eintritt der Erstbekl. in das bestehende Kontokorrentverhältnis keinen Anhaltspunkt. Die Kl. hat insbes. ihre Klage auf einen derartigen Sachverhalt nicht gestützt. Das RevG. muß daher davon ausgehen, daß der BerR. Unklarheiten im Vorbringen der Parteien durch Ausübung des Fragerechts (§ 139 ZPO.) zu beheben unterlassen und als Folge dieses Verfahrensmangels möglicherweise einen unzutreffenden Sachverhalt seiner Entscheidung zugrunde gelegt hat.

(RG., VII. ZivSen., U. v. 23. Aug. 1938, VII 85/38.)

*

16. KG. — §§ 2205, 2209, 2368 BGB. In das Testamentsvollstreckerzeugnis darf ein Vermerk, daß dem Testamentsvollstrecker die Verwaltung des Nachlasses übertragen ist, nur aufgenommen werden, wenn jenem ein selbständiges Verwaltungsrecht gemäß § 2209 BGB. zusteht. Anderenfalls macht der Vermerk das Zeugnis unrichtig.

Nach §§ 2368 Abs. 3, 2361 BGB. ist das einem Testamentsvollstrecker über seine Ernennung erteilte Zeugnis von Amts wegen einzuziehen, wenn der Inhalt des Zeugnisses unrichtig ist. Unrichtig ist das Zeugnis ebenso wie der Erbschein, wenn sein Inhalt, soweit er wesentlich ist, den Tatsachen nicht entspricht oder wenn es vorgeschriebene Angaben nicht enthält, also unvollständig ist. Dagegen wird das Zeugnis nicht schon dadurch unrichtig, daß es überflüssige Zusätze aufweist, die an der Vermutung der Richtigkeit und Vollständigkeit und an dem öffentlichen Glauben des Zeugnisses (§§ 2368 Abs. 3, 2365 ff. BGB.) nicht teilnehmen, oder daß derartige Zusätze unrichtig sind. Gemäß § 2368 Abs. 1 Satz 2 BGB. ist in dem Zeugnis außer der Ernennung des Testamentsvollstreckers auch eine etwaige Beschränkung in der Verwaltung des Nachlasses sowie gegebenenfalls eine Anordnung des Erblassers anzugeben, daß der Testamentsvollstrecker in der Eingehung von Verbindlichkeiten für den Nachlaß nicht beschränkt sein solle. Aus dieser Bestimmung hat der Senat (KGJ. 31, A 97) den Grundsatz hergeleitet, daß auch sonstige vom Erblasser in wirksamer Weise angeordnete Abweichungen von der gesetzlichen Regel, insbes. von den in den §§ 2203 ff. BGB. bestimmten Aufgaben der Testamentsvollstreckung, mindestens insoweit in das Zeugnis aufgenommen werden müssen, als sie für den rechtsgeschäftlichen Verkehr des Testamentsvollstreckers mit Dritten erheblich sind, weil sonst das Zeugnis seinen Zweck, den Testamentsvollstrecker für diesen Verkehr zu legitimieren, nicht erfüllen würde (vgl. RG.: HöchstRRspr. 1933 Nr. 138). Nach diesem Grundsatz ist es in dem Zeugnis anzugeben, wenn der Erblasser dem Testamentsvollstrecker die selbständige Verwaltung des Nachlasses gemäß § 2209 Satz 1 BGB. übertragen hat (KG. a. a. O.). Für den Rechtsverkehr des Testamentsvollstreckers mit Dritten ist eine solche Feststellung im Testamentsvollstreckerzeugnis schon deswegen erheblich, weil in diesem Falle nach der Vermutung des § 2209 Satz 2 BGB. die Ermächtigung zur unbeschränkten Eingehung von Verbindlichkeiten für den Nachlaß als erteilt anzusehen ist, die sonst eine besondere Anordnung des Erblassers voraussetzt und der Aufnahme in das Zeugnis bedarf. Dagegen gehört ein Vermerk, daß dem Testamentsvollstrecker die Verwaltung des Nachlasses in Verbindung mit seinen sonstigen Aufgaben zusteht, nicht in das Zeugnis hinein, weil insoweit die Befugnisse des Testamentsvollstreckers der gesetzlichen Regelung (§ 2205 BGB.) entsprechen (KG.: OLG. 40, 158).

Der Vermerk in dem hier vom Nachlaßgericht erteilten Testamentsvollstreckerzeugnis, daß den Testamentsvollstreckern auch die Verwaltung des Nachlasses übertragen sei, muß hiernach, wenn er überhaupt zulässig sein und einen Sinn haben soll, als Übertragung der selbständigen Verwaltung des Nachlasses gemäß § 2209 BGB. verstanden werden. Das Wörtchen „auch" steht dem nicht entgegen; seine Bedeutung kann in diesem Zusammenhang dahin gehen, daß den Testamentsvollstreckern auch die Verwaltung des Nachlasses nach Beendigung der sonstigen ihnen zugewiesenen Aufgaben zusteht (§ 2209 Satz 1 Halbs. 2 BGB.). Hat der Erblasser daher hier den Testamentsvollstreckern eine selbständige Verwaltung des Nachlasses gemäß § 2209 BGB. nicht übertragen, so ist das Zeugnis in einem wesentlichen Punkt unrichtig.

Die Feststellung des LG., daß der Erblasser eine Anordnung gemäß § 2209 BGB. nicht getroffen habe, weil den Testamentsvollstreckern nur die Verwaltung des Nachlasses in Verbindung mit den sonstigen ihnen zugewiesenen Aufgaben, insbes. der Ausführung der letztwilligen Verfügungen und der Verteilung des Nach-

lasses unter die Erben übertragen worden sei, ist rechtlich nicht zu beanstanden. § 2209 BGB. betrifft nur die selbständige, d. h. die von anderen Aufgaben der Testamentsvollstrecker losgelöste Verwaltung des Nachlasses, sei es, daß dem Testamentsvollstrecker von vornherein andere Aufgaben als die Verwaltung nicht zugewiesen sind oder daß die ihm übertragene Verwaltung auch nach Erledigung der sonstigen Aufgaben fortdauern soll. Er will insbes. dem Erblasser die Möglichkeit geben, durch besondere Anordnung den Erben in der Verfügung über den Nachlaß einzuschränken oder die gleichen Zwecke zu erreichen wie bei der Enterbung in guter Absicht oder auch durch Übertragung der ausschließlichen Verwaltungsbefugnis des Testamentsvollstreckers einem der Erben, insbes. der hinterbliebenen Witwe, die Stellung eines Familienhauptes einzuräumen (KGJ. 31, A 261). Das selbständige Verwaltungsrecht des § 2209 BGB. steht so in bewußtem Gegensatz zu den Verwaltungs- und Verfügungsbefugnissen des Testamentsvollstreckers gemäß § 2205 BGB., die nur zur Durchführung der dem Testamentsvollstrecker übertragenen Hauptaufgaben der §§ 2203, 2204 BGB. — der Ausführung des letzten Willens des Erblassers und der Auseinandersetzung unter den Miterben — dienen und mit deren Erledigung ihr naturgemäßes Ende finden.

Im vorl. Falle ist den Testamentsvollstreckern die Verwaltung des Nachlasses neben der Ausführung des letzten Willens des Erblassers, der Ausschüttung der laufenden Einkünfte und der schließlichen Verteilung des Nachlasses übertragen worden, und zwar derart, daß die Verwaltung allerdings infolge des Verbots der Teilung bis zum Ablauf von 50 Jahren seit dem Erbfalle von vornherein für einen längeren Zeitraum, aber doch nicht über die Verteilung hinaus vorgesehen ist. Die Voraussetzungen des § 2209 BGB. liegen demnach nicht vor. Das Zeugnis ist daher unrichtig und unterliegt der Einziehung.

(KG., 1. ZivSen., Beschl. v. 1. Sept. 1938, 1 Wx 379/38.) [H.]

Ehegesetz

17. RG. — §§ 37, 47 EheG. v. 6. Juli 1938 (RGBl. I, 807).

1. Auch bei Anlegung eines sachlichen Maßstabes läßt sich nicht sagen, daß ein artfremder Bluteinschlag von 1/16 den irrenden Ehegatten bei richtiger Würdigung des Wesens der Ehe im Jahre 1930 ohne weiteres von der Eingehung der Ehe abgehalten hätte.

2. Zur Frage der absichtlichen Ermöglichung und Erleichterung eines Ehebruchs durch den Ehepartner (§ 47 Abs. 2 EheG. v. 6. Juli 1938).

Die Parteien, deutsche Reichsangehörige, haben am 2. Mai 1930 miteinander die Ehe geschlossen, aus der zwei Kinder hervorgegangen sind. Der letzte eheliche Verkehr hat nach Angabe der Kl. im August 1936, nach Angabe des Bekl. Ende Juli oder Anfang August 1936 stattgefunden. Seit dem 3. Jan. 1937 leben die Parteien voneinander getrennt.

Die Kl. hat Scheidung der Ehe begehrt und zur Begründung dieses Verlangens vorgetragen: Der Bekl. habe mit dem im Haushalt der Parteien tätig gewesenen Kinderfräulein Sp. die Ehe gebrochen. Er habe sie — die Kl. — stets kühl und hochfahrend behandelt, sie beim Zusammensein mit dritten Personen überhaupt nicht beachtet, sei allein zu Festlichkeiten gegangen, habe trotz ausreichenden Einkommens fortgesetzt seine Unterhaltspflicht verletzt und im Rechtsstreit wider besseres Wissen eine große Zahl ehrenrühriger Behauptungen gegen sie aufgestellt.

Der Bekl. hat um Abweisung der Klage gebeten und Widerklage erhoben mit dem Antrage, die Ehe der Parteien für nichtig zu erklären, hilfsweise sie zu scheiden. Er hat die Klagebehauptungen bestritten und geltend gemacht, daß Beziehungen zu dem Kindermädchen Sp. erst bestanden hätten, nachdem die Ehe durch Verschulden der Kl. zerrüttet gewesen sei. Die Anfechtungsklage hat er darauf gestützt, daß eine Ururgroßmutter der Kl. nichtarischer Abstammung gewesen sei, worüber er erst im Februar 1937 volle Gewißheit erlangt habe. Die Kl. habe ferner vor der Eheschließung mit dem im Hause der Parteien tätigen Kraftwagenführer L. und mit mehreren Knechten des Gutes B. geschlechtlichen Verkehr gehabt. Die Scheidungswiderklage hat der Bekl. damit begründet, daß die Kl. ehewidrige und ehebrecherische Beziehungen zu E. von D. unterhalten, mit ihrem Vetter W., mit B. und mit von K. Ehebruch getrieben habe, daß sie unsauber gewesen sei und ihre Körperpflege sowie die Pflege und Erziehung der Kinder vernachlässigt habe.

Das LG. hat die Ehe der Parteien auf die Klage geschieden, die Widerklage abgewiesen und den Bekl. für schuldig an der Scheidung erklärt. Berufung und Rev. waren erfolglos.

Nach der letzten Verhandlung vor dem BG. ist das Gesetz zur Vereinheitlichung des Rechts der Eheschließung und der Ehescheidung im Lande Österreich und im übrigen Reichsgebiet (EheG.) v. 6. Juli 1938 (RGBl. I, 807) in Kraft getreten. Dieses Gesetz ist nach § 93 auch in der RevInst. anzuwenden. Die Vorschriften des Gesetzes über die Aufhebung der Ehe, die an die Stelle der Vorschriften des BGB. über die Eheanfechtung getreten sind, finden nach § 90 auch Anwendung, wenn die Ehe vor Inkrafttreten des Gesetzes geschlossen war; statt der Nichtigerklärung der Ehe kann nur ihre Aufhebung beantragt werden. Der Entscheidung des Rechtsstreits ist mithin nunmehr in vollem Umfang neues Recht zugrunde zu legen.

Die Anfechtung der Ehe hatte der Bekl. auf § 1333 BGB. gestützt und zur Begründung in erster Linie geltend gemacht, er habe sich im Irrtum darüber befunden, daß die Kl. nicht rein arisch sei, da eine ihrer Ururgroßmütter Jüdin gewesen sei. Dem Anfechtungsgrund des § 1333 BGB. entspricht jetzt der Aufhebungsgrund des § 37 Abs. 1 EheG. Danach kann ein Ehegatte Aufhebung der Ehe begehren, wenn er sich bei der Eheschließung über solche die Person des anderen Ehegatten betreffende Umstände geirrt hat, die ihn bei Kenntnis der Sachlage und bei richtiger Würdigung des Wesens der Ehe von der Eingehung der Ehe abgehalten hätten. Das BG. sieht nicht als dargetan an, daß der Bekl. im Jahre 1930 eine so scharfe antisemitische Einstellung gehabt habe, daß er bei Kenntnis des geringfügigen nichtarischen Bluteinschlags, der hier in Betracht kommt (1/16), von der Eheschließung mit der Kl. Abstand genommen hätte. Aus dem späteren Verhalten des Bekl. folgert das BG. im Gegenteil, daß er im Zeitpunkte der Eheschließung der angeblichen nichtarischen Blutbeimischung der Kl. keine ausschlaggebende Bedeutung beigemessen hätte und daß bei der Eheschließung finanzielle Gesichtspunkte für ihn insofern eine erhebliche Rolle gespielt haben, als er von der Heirat zugleich eine Besserung seiner damaligen wirtschaftlichen Notlage erhofft habe.

Mit diesen ausschließlich auf tatsächlichem Gebiete liegenden Erwägungen ist auch der Tatbestand des § 37 Abs. 1 EheG. einwandfrei verneint. Zur Abweisung der Klage genügte es schon, daß das BG. den dem Bekl. obliegenden Beweis, er hätte bei Kenntnis des geringfügigen nichtarischen Bluteinschlags von der Eheschließung mit der Kl. Abstand genommen, nicht als erbracht ansieht. Das BG. legt hierbei ersichtlich die persönliche Denk- und Empfindungsweise des Bekl., also einen subjektiven Maßstab, zugrunde. Aber auch bei Anlegung des sachlichen Maßstabs läßt sich nicht sagen, daß ein so geringfügiger artfremder Bluteinschlag, wie er hier in Betracht kommt, den irrenden Ehegatten bei richtiger Würdigung des Wesens der Ehe im Jahre 1930 ohne weiteres von der Eingehung der Ehe abgehalten hätte. Bei dieser Sachlage braucht nicht näher dazu Stellung genommen zu werden, ob es angängig war, die Bereitschaft des Bekl., nach Entdeckung des Irrtums die Ehe unter gewissen Voraussetzungen *fortzusetzen*, als Grundlage für die Feststellung zu verwerten, daß er die Ehe auch bei Kenntnis der Sachlage *geschlossen* hätte (vgl. hierzu RGZ. 95, 291).

Die Anfechtung der Ehe hatte der Bekl. ferner darauf gestützt, daß die Kl. vor der Ehe in sexueller Hinsicht einen ausschweifenden Lebenswandel geführt habe. Auch diesen Beweis hält das BG. nicht für erbracht. (Wird ausgeführt.)

Mit seiner Widerklage auf Aufhebung der Ehe ist der Bekl. hiernach mit Recht abgewiesen.

Die Scheidung der Ehe hat das BG. auf die Klage wegen Ehebruchs des Bekl. mit dem Kindermädchen Sp. auf Grund des § 1565 BGB., außerdem aber auch wegen schuldhafter Verletzung der Unterhaltspflicht auf Grund des § 1568 BGB. ausgesprochen. Es kann dahingestellt bleiben, ob das Scheidungsbegehren der Kl. auch nach der an die Stelle des § 1568

BGB. getretenen Vorschrift des § 49 EheG. begründet ist. In jedem Falle ist die Scheidung wegen Ehebruchs auf Grund des § 47 Abs. 1 EheG. gerechtfertigt. Der Bekl. hat hierzu gem. § 93 dieses Ges. in der Revisionsverhandlung folgendes neu vorgetragen: Die Kl. habe schon vor der Trennung der Parteien den Verdacht gehabt, daß er zu dem Kindermädchen Sp. unerlaubte Beziehungen habe, und ihn deswegen beobachten lassen; gleichwohl habe sie die Sp. nicht entlassen, auch nichts daran geändert, daß diese weiterhin mit den Kindern in dem neben dem ehelichen Schlafzimmer gelegenen Zimmer schlafe; sie habe vielmehr den Bekl. häufig mit der Sp. allein gelassen und sei z. B. zur Teilnahme an der Taufe des Kindes des Ehepaares von D. acht Tage verreist. Aus diesem Verhalten der Kl. leitet der Bekl. die Folgerung her, daß sie hierdurch den Ehebruch absichtlich ermöglicht oder erleichtert habe (§ 47 Abs. 2 EheG.). Die vom Bekl. vorgetragenen Tatsachen lassen jedoch einen solchen Schluß nicht zu. Die Kl. selbst hat zwar in der Klageschrift vorgetragen, sie habe schon vor der Trennung der Parteien auf Grund von Erzählungen der Dorfbewohner den Verdacht gehabt, daß der Bekl. ehewidrige Beziehungen zur Sp. unterhalte. Daß sie einen bloßen, nach Ansicht der Klagebeantwortung auf „Dorfklatsch" beruhenden Verdacht nicht zum Anlaß besonderer Maßnahmen genommen hat, rechtfertigt aber noch keineswegs die Annahme, daß sie einen Ehebruch des Bekl. mit der Sp. *absichtlich* hätte ermöglichen und erleichtern wollen.

Die Scheidungswiderklage des Bekl. hat das BG. abgewiesen, weil es eine schwere Eheverfehlung der Kl. nicht festzustellen vermocht hat. (Wird ausgeführt.)

(RG., IV. ZivSen., U. v. 15. Aug. 1938, IV 65/38.)

*

18. KG. — §§ 81, 82, 97 EheG. v. 6. Juli 1938. § 1635 BGB. Das Gericht der weiteren Beschw. hat die Bestimmungen der §§ 81 ff. EheG. auch dann zu berücksichtigen, wenn sie erst nach Erlaß des landgerichtlichen Beschlusses in Kraft getreten sind. Auch nach den neuen Gesetzesbestimmungen soll der schuldig geschiedene Elternteil die Personensorge nur erhalten, wenn dies aus besonderen Gründen dem Wohl des Kindes dient.

Das LG. ist bei seiner Entsch. gemäß § 1635 Abs. 1 BGB. richtig davon ausgegangen, daß der Vater die Sorge für die Person des Kindes hat, da die Ehe der Eltern aus alleinigem Verschulden der Mutter geschieden ist, und daß eine anderweite Regelung der Personensorge durch Übertragung des Rechts auf die Mutter nur dann erfolgen kann, wenn die Maßnahme aus besonderen Gründen im Interesse des Kindes geboten ist. Das Ges. zur Vereinheitlichung des Rechts der Eheschließung und Ehescheidung v. 6. Juli 1938 (RGBl. I, 807) enthält allerdings im § 81 ff. neue gesetzliche Vorschriften über die Regelung der Beziehungen der Eltern zu ihren Kindern nach erfolgter Ehescheidung. Wenn die Vorschriften dieses Gesetzes auch erst nach Erlaß des angefochtenen Beschlusses mit Wirkung vom 1. Aug. 1938 in Kraft getreten sind, so erachtet doch der Senat ihre Berücksichtigung in diesem Rechtszuge für zulässig. Es kann allerdings die weitere Beschw. nach § 27 FGG. nur auf eine Gesetzesverletzung gegründet werden, so daß regelmäßig die zur Zeit des Erlasses des angefochtenen Beschlusses geltenden Gesetzesbestimmungen die Grundlage der Nachprüfung der Entsch. zu bilden haben. Wie jedoch der Senat in Übereinstimmung mit dem RG. wiederholt angenommen hat, gibt es besonders gelagerte Fälle, in denen die Anwendung der neuen gesetzlichen Vorschriften auch dann geboten ist, wenn das Verfahren zur Zeit ihres Inkrafttretens bereits in der RBeschwInst. anhängig ist (RGZ. 101, 164; 128, 350 = JW. 1930, 2532; 1 a X 1371/32, 1 a Wx 1440/35 u. a.). Wann das der Fall ist, muß aus dem Charakter und Zweck des Gesetzes entnommen werden. Zieht man in Betracht, daß die Bestimmungen der §§ 81 ff. Ges. v. 6. Juli 1938 als familienrechtliche Bestimmungen vorwiegend im öffentlichen Recht wurzeln, daß ferner die ergehende Entsch. keine Rechtskraftwirkung hat und die Durchführung eines neuen Verfahrens trotz gleicher Sach- und Rechtslage nicht hindert, die Prüfung der Sache durch das Gericht der weiteren Beschw. allein nach den bisherigen Vorschriften also lediglich zur Folge haben würde, daß die Beteiligten erneut das VormGer. anrufen, damit über ihr Sachvorbringen auch nach den nunmehr geltenden Gesetzesbestimmungen befunden werde, so erscheint es dem Senat geboten und als dem Willen des Gesetzgebers entsprechend, daß auch in dem Rechtszug der weiteren Beschw. die neuen Gesetzesvorschriften selbst dann Beachtung finden, wenn sie zur Zeit des Erlasses der landgerichtlichen Entsch. noch nicht in Kraft waren.

Nach § 97 Ges. v. 6. Juli 1938 bestimmt sich die Personensorge für ein gemeinschaftliches Kind geschiedener Eheleute nach den bisherigen Vorschriften, wenn die Ehe der Eltern vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes geschieden oder für nichtig erklärt worden ist. Das VormGer. kann jedoch jederzeit eine abweichende Regelung i. S. der §§ 81, 82 des Gesetzes treffen, wenn es das Wohl des Kindes erfordert, eine Prüfung, die das VormGer. nunmehr neben der im § 1635 Abs. 1 Satz 2 BGB. vorgeschriebenen Prüfung anzustellen hat. § 81 stellt die Personensorge maßgeblich darauf ab, was nach Lage der Verhältnisse dem Wohl des Kindes am besten entspricht. Jedoch bestimmt Abs. 3 dieser Vorschrift ausdrücklich, daß ein Ehegatte, der allein oder überwiegend für schuldig erklärt worden ist, die Personensorge nur erhalten soll, wenn dies aus besonderen Gründen dem Wohl des Kindes dient.

Solche besonderen Gründe können hier nach den vom LG. getroffenen Feststellungen nicht als gegeben angesehen werden. Das Kind kommt danach, wie insbes. auch das Jugendamt auf Grund eingehender Prüfung der Verhältnisse bestätigt hat, beim Vater in eine gute und geordnete häusliche Umgebung. Die Häuslichkeit des Vaters und seiner Eltern verdient den Vorzug vor der der Mutter und ihrer Familie. Es mag sein, daß das Kind an der Mutter mehr hängt als am Vater, zumal es in der letzten Zeit vom Vater getrennt war. Jedoch besteht diese Trennung erst seit kurzer Zeit. Das Kind findet jedoch beim Vater eine ihm bekannte und vertraute Umgebung, in der es, wie nach den Feststellungen zu erwarten ist, sorgsam und liebevoll betreut und erzogen werden wird. Irgendwelche nachteiligen Folgen für das Kind sind aus dem Umgebungswechsel nicht zu erwarten. Daß der Vater das Kind etwa aus eigensüchtigen Beweggründen herausverlangt und nicht das Interesse der Minderjährigen im Auge hat, ist vom LG. bedenkenfrei verneint worden. Seiner Unterhaltsverpflichtung ist er durch regelmäßige Zahlungen nachgekommen. Es fehlt mithin an einem besonderen Grunde dafür, daß die Übertragung der Personensorge auf die Mutter zum Wohl des Kindes erforderlich ist.

(KG., ZivSen. 1 a, Beschl. v. 26. Aug. 1938, 1 a Wx 878/38.)

Reichserbhofgesetz

19. KG. — §§ 20 Nr. 3 und 5, 21 Abs. 4 S. 2 REG. Das KG. hält daran fest, daß die sog. sippenfremden Halbgeschwister eines verstorbenen Bauern zum Kreise der Anerbenberechtigten gehören. †)

Der Bauer August K. war Eigentümer des Hofes B. Nr. 3, den er von seinem Vater ererbt hatte. Er schloß im Jahre 1919 mit seiner Ehefrau Anna geb. B. einen Ehe- und Erbvertrag. Der Hof wurde danach gütergemeinschaftliches Vermögen der Eheleute und sollte nach dem Tode des Mannes auf die Frau als alleinige Vorerbin übergehen. Dagegen setzte die Frau den aus der Ehe hervorgegangenen einzigen Sohn Heinrich K. zum Erben ein. Für den Fall eines vorzeitigen Todes des letzteren sollte der Hof an eine Nichte des Mannes fallen, aber nur dann, wenn aus einer etwaigen zweiten Ehe der Frau K. keine Kinder vorhanden sein würden. Solche sollten der Nichte vorgehen.

Nachdem August K. am 1. Jan. 1920 gestorben war, übertrug seine damit zur Alleineigentümerin des Hofes gewordene Witwe den Hof im März 1923 an den Heinrich K. Sie schloß dann eine neue Ehe mit dem Landwirt August P. Aus der Ehe ging der noch minderjährige August P. d. J. hervor. Der Hof wurde am 1. Okt. 1933 Erbhof. Im Mai 1937 starb Heinrich K., ohne eine Verfügung von Todes wegen errichtet zu haben. Abkömmlinge von ihm und Geschwister aus der Ehe seiner Eltern sind nicht vorhanden.

Das Nachlaßgericht stellte dem Halbbruder des Erblassers, dem August P. d. J., einen Erbschein dahin aus, daß er Anerbe des Erbhofes geworden sei. Der KBF regte die Einziehung an und beantragte ferner, auf Grund des § 16 Abs. 4 EHRV festzustellen, daß ein Anerbe nicht vorhanden sei. Er vertritt die Auffassung, daß August P. als halbbürtiger Bruder des Erblassers nicht zum Anerben berufen sei, weil der Erbhof aus der Sippe des Vaters des Erblassers stamme. Das Nachlaßgericht lehnte beides ab. Die hiergegen eingelegten Beschwerden des KBF wurden vom LG. teils als unzulässig verworfen, teils zurückgewiesen. Die weitere Beschw. des LBF kann ebenfalls keinen Erfolg haben.

Das LG. billigt die Ablehnung einer Feststellung aus § 16 Abs. 4 EHRV mit der Begründung: August P. d. J. gehöre als halbbürtiger Bruder des Erblassers zu den nach § 20 Nr. 3 REG berufenen Anerben der dritten Ordnung. Das gelte mindestens

in einem Falle der vorl. Art, d. h. beim Fehlen sonstiger gesetzlicher Anerben, auch dann, wenn er nicht aus der Hofessippe stamme. Die dem zugrunde liegende Rechtsansicht ist schon ohne die vom LG. gemachte Einschränkung zu billigen.

Der Senat hat in dem Beschlusse 1 Wx 364/37 (AkadZ. 1937, 662 und JW. 1937, 2986 mit zustimmenden Besprechungen von Vogels; JFG. 16, 124) rechtsgrundsätzlich ausgesprochen, daß nach den §§ 20 Nr. 3 und 5, 21 Abs. 4 Satz 2 REG halbbürtige Geschwister eines verstorbenen Bauern die Rechtsstellung von solchen innerhalb der Anerbenordnung, insbes. halbbürtige Brüder innerhalb der dritten Ordnung, auch dann einnehmen, wenn sie mit dem Erblasser nicht denjenigen Elternteil gemeinsam haben, aus dessen Sippe der Erbhof herrührt. Hieran ist gegenüber den Angriffen der weiteren Beschw. und denjenigen von Dellian (RdRN. 1938, 89 ff.) auch bei nochmaliger Prüfung der Frage festzuhalten. Der Senat vermag sich zunächst auf den unzweideutigen Wortlaut des Gesetzes zu stützen, wonach zu den Anerben in der dritten Ordnung nach § 20 Nr. 3 REG „die Brüder des Erblassers", und zwar, wie § 21 Abs. 4 Satz 2 REG zweifelsfrei ergibt, vollbürtige und halbbürtige, gehören sollen, ohne daß auch nur andeutungsweise auf die Herkunft des Hofes aus einer bestimmten Sippe abgestellt wird. Die Annahme der weiteren Beschw., daß der zur Ausführung des § 21 Abs. 4 REG dienende § 7 EHRV eine solche Andeutung gebe, trifft nicht zu. § 7 will in den Abs. 1 und 2 klarstellen, daß der Vorrang der Kinder aus einer ersten Ehe vor denen aus einer zweiten Ehe nicht nur unter den Söhnen eines Bauern, sondern auch unter seinen Töchtern und ebenso unter den Söhnen und unter den Töchtern einer Bäuerin gelten soll. Deshalb spricht der Gesetzgeber nicht von dem Eigentümer des Erbhofes schlechthin, sondern von dem „Ehegatten, dem der Erbhof gehört". Damit soll aber nicht als etwas Besonderes zum Ausdruck gebracht werden, daß nur dieser Ehegatte den Erbhof vererben könne und nur auf seine Sippe. Denn das ist in dem behandelten Falle, wo es sich um die Erbfolge von Kindern handelt, ganz selbstverständlich. Demgemäß ergibt auch die im Abs. 3 vorgesehene entsprechende Anwendung der Abs. 1 und 2 auf den Fall, daß „in den übrigen Ordnungen Söhne oder Töchter aus mehreren Ehen vorhanden sind", nichts für die Erheblichkeit der früheren Herkunft des Erbhofes bei der Umgrenzung des Kreises der Anerben. Abs. 3 trifft hinsichtlich der dritten Anerbenordnung eine Regelung nur für den Fall, daß ein Bruder des Erblassers, sei es ein vollbürtiger oder ein halbbürtiger, ein sippenangehöriger oder ein sippenfremder, Söhne aus verschiedenen Ehen hat (vgl. Vogels Anm. 3).

Ob bei einer danach so klaren gesetzlichen Regelung überhaupt Zweifel bei der Anwendung des Gesetzes entstehen können, welche die Anwendung des § 56 REG und damit eine Entscheidung aus dem in den Einleitungsworten dargelegten Gesetzeszwecke heraus rechtfertigen würden, mag dahingestellt bleiben. Jedenfalls ist nicht anzuerkennen, daß hier ausreichende Gründe gegeben wären, den Sinn der einschlägigen Gesetzesbestimmungen irgendwie in Zweifel zu ziehen.

Es sei vorweg bemerkt, daß es, wie Dellian im Anschluß an den Beschluß des Senats zutreffend ausführt, für die Anerkennung des Anerbenrechtes der sippenfremden Halbgeschwister keinen Unterschied ausmachen kann, ob außer ihnen andere zur Anerbenordnung gehörige Verwandte des Erblassers vorhanden sind, wie in dem früher entschiedenen Falle, oder ob solche, wie im vorl. Falle, fehlen. Denn die Gründe, die von der Gegenmeinung geltend gemacht werden, würden, wenn sie durchgriffen, gegen die Berücksichtigung jener Halbgeschwister schlechthin sprechen. Dann ist aber gerade die Betrachtung eines Falles der vorl. Art nur geeignet, den Senat in seiner bisherigen Auffassung zu bestärken.

Die Berücksichtigung der sippenfremden Halbgeschwister soll nach der Gegenmeinung gegen einen grundlegenden, schon in den Eingangsworten zum Ausdruck kommenden Gedanken des Erbhofrechtes verstoßen, den Gedanken nämlich, daß die Bauernhöfe (durch Gewährung eines Schutzes vor Überschuldung und Zersplitterung im Erbgange) als Erbe der Sippe in der Hand freier Bauern gesichert werden sollen. Hierbei ist aber der Begriff der Sippe keineswegs so weit verstanden, wie die Gegenmeinung ihn verstanden wissen will. Es ist damit auch nicht gesagt, daß die Erhaltung des Hofes für die Sippe in jedem Einzelfalle allen anderen Rücksichten vorgehen müsse. Es läßt sich aus dem Gesetz leicht nachweisen, daß der Gesetzgeber auf die Erhaltung des Hofes für entferntere Sippenangehörige keinen Wert gelegt hat. Er würde sonst Anlaß gehabt haben, diese Personen wenigstens in die gesetzliche Anerbenordnung aufzunehmen. Er hat das jedoch nicht getan und damit dem Erblasser die Befugnis gegeben, sie gemäß § 25 Abs. 5 REG ohne Genehmigung des AEG von jeder Möglichkeit einer Anerbenfolge auszuschließen und an ihrer Stelle sogar eine ganz fremde Person zum Anerben zu berufen. Das REG macht aber nicht die Einhaltung wichtiger Grundsätze und die Erreichung seiner wesentlichen Ziele in solcher Weise von der Willkür des einzelnen abhängig. Die Erhaltung des Hofes für entferntere Sippenangehörige kann also kein wichtiger Grundsatz und kein wesentliches Ziel des Gesetzes sein. Hiernach verliert die Berufung auf die Wichtigkeit der Erhaltung des Hofes für die Sippe auch in dem Falle an Bedeutung, daß dem sippenfremden Halbbruder des Erblassers sippenangehörige Anerben der vierten bis sechsten Anerbenordnung gegenüberstehen. Es ist zum mindesten möglich, daß der Gesetzgeber sein hier allerdings eher vorhandenes Interesse an der Erhaltung des Erbhofes für die Sippe zurückgestellt hat, weil er besondere Gründe dafür hatte. Welche Gründe das gewesen sein können, ist in dem früheren Beschlusse des Senats näher dargelegt worden. Es kommt hier vor allem die Schwierigkeit der Abgrenzung der Begriffe des aus einer bestimmten Sippe stammenden Erbhofes und der Sippenfremdheit von bestimmten Verwandten des Erblassers in Betracht. Es würde sich infolge dieser Schwierigkeit vom Standpunkt der Gegenmeinung aus nicht vermeiden lassen, daß eine erhebliche Unsicherheit in die Bestimmung des Anerben hineingetragen wird. Das würde keineswegs nur eine technische Erschwerung bedeuten, sondern eine Quelle von Streitigkeiten über die Erbfolge erschließen, was vom Gesetz im Interesse einer ununterbrochenen ordnungsmäßigen Bewirtschaftung des Erbhofes und im Interesse des Familienfriedens nach Möglichkeit vermieden werden muß. Wenn es auch minder wichtig sein mag, daß die Erbhofbeteiligten die rechtliche Beurteilung eines bestimmten Sachverhaltes leicht vorausberechnen können (vgl. Dellian a. a. O.), so müssen sie doch nach Eintritt des Erbfalles wissen, woran sie sind. Es ist durchaus unerwünscht, daß dann noch infolge der besonderen Art der gesetzlichen Regelung erhebliche Zweifel über die Anerbenfolge offen bleiben und die Beteiligten hierdurch zur Führung von Prozessen veranlaßt werden. Ein weiterer Grund, der den Gesetzgeber zu der dem Wortlaut des Gesetzes entsprechenden Regelung veranlaßt haben kann, ist die Rücksichtnahme auf die zwischen dem letzten Bauer und seinem Halbbruder unabhängig von der Herkunft des Erbhofes bestehenden nahe Blutsverwandtschaft. In dem früheren Beschlusse des Senats ist bereits dargelegt worden, daß die Berufung des Vaters des Erblassers in der zweiten Ordnung des § 20 REG sehr leicht zum Übergange des Hofes in eine fremde Sippe führen kann. Der Gesetzgeber hat das aber in Kauf genommen, offenbar weil er die Berücksichtigung der Blutsverwandtschaft für wichtiger gehalten hat. Demgegenüber ist der Einwand Dellians, daß die Blutsverwandtschaft des Halbbruders immerhin nicht ganz so nahe sei, wie diejenige des Vaters, von geringer Bedeutung. Das Wesentliche an der Folgerung aus § 20 Nr. 2 REG, nämlich daß der Gesetzgeber grundsätzlich bereit ist, das Interesse an der Erhaltung des Hofes für die Sippe u. U. hinter die Berücksichtigung einer Blutsverwandtschaft zurückzustellen, wird von Dellian nicht widerlegt. Nach dem Wortlaut des Gesetzes hat nun der Gesetzgeber dasselbe bei der Berufung der Halbgeschwister getan. Daß er es gleichwohl nicht gewollt haben könnte, läßt sich mit dem bloßen Hinweis auf die etwas weitere Entfernung dieser Blutsverwandtschaft nicht erweisen. Auch die geringere Häufigkeit der Fälle des § 20 Nr. 2 REG ist nicht beweiskräftig. Denn wenn es grundsätzlich unerwünscht wäre und nach Möglichkeit vermieden werden müßte, daß ein Hof in eine andere Sippe übergeht, dürfte dies auch in Fällen von geringerer Häufigkeit nicht zugelassen werden. Endlich wendet Dellian ein, daß infolge der Vorschrift des § 20 Nr. 2 REG immer nur weibliche Sippenmitglieder von einem sippenfremden Manne verdrängt werden könnten. Das ist aber nicht richtig. Es können auch sippenangehörige Brüder und Brudersöhne des Erblassers von dem sippenfremden Vater und demnächst von dessen männlichen Abkömmlingen aus einer früheren Ehe (vgl. § 7 Abs. 1 EHRV) verdrängt werden.

Das REG hat übrigens auch nicht dafür gesorgt, daß ein Erbhof, der — wie gerade im vorl. Falle durch die Übertragung an Frau K. — schon vor dem 1. Okt. 1933 von der bisherigen Sippe auf den Angehörigen einer anderen Sippe übergegangen war, durch eine entsprechende Gestaltung der Anerbenfolge in die alte Sippe zurückgelangt. Wäre wirklich die Erhaltung des Erbhofes für die ursprüngliche Sippe ein so wichtiger Grundsatz des Erbhofrechtes, wie die weitere Beschw. meint, dann hätte mindestens bzgl. der auf den Ehegatten des ursprünglichen Eigentümers übergegangenen Erbhöfe angeordnet werden müssen, daß sie sich schon kraft Gesetzes auf einen Anerben des anderen Ehegatten vererbten. Das ist aber zweifellos nicht geschehen. Im § 53 Abs. 1 REG ist nur — ausnahmsweise — zugelassen, daß der im Eigentume des Hofes befindliche Ehegatte nach seinem Belieben an Stelle seiner eigenen Verwandten zum Anerben eine Person bestimmt, die zum Anerben des anderen (des ursprünglichen Hofeigentümers) hätte bestimmt werden können. Wird von dieser Möglichkeit kein Gebrauch gemacht, so bleibt der Erbhof in der

fremden Sippe (vgl. auch KG. 1 Wx 294/38: JW. 1938, 2676 [13] = RdRN. 1938, 605 Nr. 256). Hätte also im gegebenen Falle die Witwe K. den Hof nicht schon unter Lebenden auf ihren Sohn Heinrich übertragen, so würde bei ihrem Tode zweifellos August P. d. J. der Anerbe des Erbhofes werden können. Man kann unter diesen Umständen unmöglich sagen, daß dasselbe Ergebnis nach der rein zufälligen Übertragung des Hofes auf den Heinrich K., zu der die Witwe keineswegs genötigt war, einem wichtigen Grundsatze des Erbhofrechtes widerspräche.

Hat hiernach das LG. mit Recht den August P. d. J. als Anerben des Erbhofes anerkannt, so rechtfertigt sich damit die Ablehnung der Feststellung, daß kein Anerbe vorhanden sei.

(KG., 1. ZivSen., Beschl. v. 18. Aug. 1938, 1 Wx 361/38.) [H.]

Anmerkung: Wenn der Bauer weder Abkömmlinge noch seinen Vater hinterläßt, so sind nach § 20 Nr. 3 REG die Brüder des Bauern als gesetzliche Anerben berufen. In Ergänzung hierzu bestimmt § 21 Abs. 4 Satz 2 REG: Bei Brüdern gehen vollbürtige vor halbbürtige. Das REG sieht also auch einen halbbürtigen Bruder als einen anerbenberechtigten Verwandten an.

Die Richtigkeit dieses Satzes war in folgendem Fall bestritten worden: Ein kinderloser Bauer, der den Hof von seinem Vater ererbt hatte, hinterläßt eine vollbürtige Schwester und einen Halbbruder, der aus der zweiten Ehe der Mutter des Bauern stammt. Das KG. hatte in seinem Beschl. v. 26. Aug. 1937: JW. 1937, 2986 die Meinung vertreten, daß hier der Halbbruder vor der vollbürtigen Schwester zum Anerben berufen sei, während Dellian in RdRN. 1938, 89 mit eingehender Begründung die Ansicht entwickelte, daß Halbgeschwister, die mit dem Elternteil, von dem der Hof herrührt, nicht verwandt sind, überhaupt nicht anerbenberechtigt seien; solche Halbgeschwister gehörten nicht zur angestammten Sippe und müßten bei der gesetzlichen Anerbenfolge völlig ausscheiden; daher sei in dem damals zur Entscheidung stehenden Fall nicht der „sippenfremde" Halbbruder, sondern nur die zur angestammten Sippe gehörende vollbürtige Schwester als gesetzliche Anerbin berufen. Ich habe in meiner Anmerkung in JW. 1937, 2986 die Entscheidung des KG. gebilligt und möchte diese Meinung auch gegenüber den sicherlich sehr beachtlichen Ausführungen von Dellian aufrechterhalten.

Ich habe damals unter anderem darauf hingewiesen, daß der Hof auch beim Übergang auf die Schwester der angestammten Sippe verloren gehe. Denn wenn die Schwester heirate, gehe der Hof bei deren Tod auf einen Abkömmling aus dieser Ehe, also auf den Abkömmling eines nicht sippezugehörigen Mannes über. Wenn die angestammte Sippe im Mannesstamm ausgestorben sei, lasse sich eben der Übergang auf eine andere Sippe überhaupt nicht vermeiden. Es sei daher keineswegs sinnwidrig, wenn man den auf dem Hof aufgewachsenen Halbbruder den Vorrang vor der vollbürtigen Schwester gebe; hierfür spreche auch die Erwägung, daß ein männlicher Verwandter im allgemeinen zur Verwaltung des Hofes besser geeignet sei als eine weibliche Verwandte.

Meines Erachtens wird die Richtigkeit der Meinung des KG. durch den vorl. Fall bestätigt. Der Hof hat ursprünglich dem August K. gehört; nach dessen Tod war dessen Witwe von 1920 bis 1923 Alleineigentümerin des Hofs. Auf Grund Übergabevertrags ging der Hof im Jahre 1923 auf Heinrich K. über. Jetzt (1937) ist Heinrich K. kinderlos verstorben. Als einzigen Verwandten hat er den aus der zweiten Ehe seiner Mutter stammenden Halbbruder August P. hinterlassen. Nach der Meinung von Dellian wäre dieser Halbbruder nicht anerbenberechtigt, weil er mit August K., von dem der Hof herrührt, nicht verwandt ist. Das KG. legt demgegenüber dar, daß das REG alle Halbgeschwister des Bauern als anerbenberechtigt ansieht; hierbei mache es keinen Unterschied, ob der Halbbruder von dem Elternteil abstamme, von dem der Hof herrührt, oder ob er von dem Elternteil stamme, der auf den Hof eingeheiratet ist. Mit Recht weist das KG. u. a. darauf hin, daß die Mutter des Halbbruders mehrere Jahre Alleineigentümerin des Hofes gewesen ist und daß bei ihrem Tode August P. zweifellos zu den gesetzlichen Anerben gehört hätte. Es wäre unbillig und nicht folgerichtig, wenn August P. jeden Anrechts auf den Hof dadurch verlustig gehen sollte, daß die Mutter den Hof freiwillig auf ihren Sohn erster Ehe überträgt. Gerade der vorl. Fall zeigt, daß auch der sog. sippenfremde Halbbruder doch in einer nahen verwandtschaftlichen Beziehung zu der angestammten Sippe steht und daß er durch Geburt und Erziehung mit dem ihm jetzt zufallenden Hof eng verbunden ist. Bei allem Verständnis für die Gegengründe trage ich daher kein Bedenken, dem obigen Beschluß zuzustimmen.

MinR. Dr. Vogels, RJM., Berlin.

*

20. KG. — § 37 REG. Zur Löschung einer Eigentümergrundschuld an einem Erbhofe ist beim Vorhandensein von gleich- oder nachstehenden Rechten die Genehmigung des AEG erforderlich. Die dagegen im Schrifttum erhobenen Einwendungen sind unbegründet. †)

Die Eigentümerin des vorbezeichneten Erbhofes hat den Betrag einer darauf ruhenden Hypothek an den Gläubiger ausgezahlt und auf Grund einer von dem letzteren ausgestellten Quittung die Löschung der Post beantragt. Der Grundbuchrichter verlangte im Hinblick auf das Vorhandensein von nachstehenden Rechten mittels Zwischenverfügung die Beibringung der Genehmigung des AEG. Beschw. und weitere Beschw. hatten keinen Erfolg.

Der Senat hat in dem Beschl. 1 Wx 255/37 v. 1. Juli 1937 (JFG. 16, 40; HöchstRRspr. 1937 Nr. 1239; JW. 1937, 2590; DNotZ. 1938, 32; RdRN. 1937, 684) grundsätzlich ausgesprochen, daß die Bewilligung der Löschung einer an einem Erbhofe bestehenden Eigentümergrundschuld beim Vorhandensein von gleich- oder nachstehenden Rechten der Genehmigung des AEG bedürfe, und hat dazu ausgeführt: Als genehmigungsbedürftige Belastung i. S. des § 37 REG sei jede Änderung des dinglichen Belastungsstandes des Grundstücks anzusehen, welche möglicherweise die dingliche Bindung des Grundstückes für den Bauern lästiger gestalte oder, vom Zweckgedanken des Gesetzes — der wirtschaftlichen Gesunderhaltung des Erbhofes — aus betrachtet, für den Erbhof überhaupt wirtschaftlich nachteilige Folgen haben könne. Die wirtschaftlich nachteilige Wirkung liege bei der Aufgabe einer Eigentümergrundschuld — ähnlich wie bei ihrem Rangrücktritt — darin, daß der Bauer den wertvollen Rangplatz eines Eigentümerrechtes aufgebe und dadurch seine Aussicht, im Bedarfsfalle einen notwendigen Wirtschaftskredit zu günstigen Bedingungen aufzunehmen, verschlechtere. An dieser Auffassung muß trotz der von Lorenz und Ries (DNotZ. 1938, 13 und 17) sowie von der weiteren Beschw. dagegen gerichteten Angriffe festgehalten werden.

Das Bedenken, die Löschung eines Grundstücksrechtes sei nach dem Sprachgebrauch keine Belastung und dürfe in eine solche nicht umgedeutet werden, weil dies von den Beteiligten nicht verstanden werden würde, haftet am Wortlaut und beruht im übrigen auf dem grundsätzlich abzulehnenden Gedanken, daß schwierige sachenrechtliche und grundbuchrechtliche Fragen i. S. eines über die Rechtslage nicht unterrichteten Beteiligten entschieden werden müßten.

Der allgemeine Sprachgebrauch kann bei der Auslegung der in Gesetzen verwendeten Rechtsbegriffe nicht als starre Norm verwertet werden; er unterliegt vielmehr einer durch die Zwecke des einzelnen Gesetzes gebotenen Wandlung (Erweiterung oder Einengung). Durch die Berücksichtigung der besonderen Zwecke des REG bei der Auslegung der in ihm behandelten Rechtsbegriffe der Veräußerung und Belastung wird diesen Rechtsbegriffen kein lebens- und volksfremder Inhalt gegeben, sondern diejenige Bedeutung, die der Gesetzgeber bei dem Erlaß des Gesetzes mit diesem Begriff verbunden hat. Da alle Gesetzgebung die Regelung des Rechtslebens bezweckt und vom Volke ausgeht, kann eine den gesetzgeberischen Absichten Rechnung tragende Auslegung eines Rechtsbegriffs, auch wenn sie durch den allgemeinen Sprachgebrauch ohne Zusammenhang mit dem bestimmten Einzelgesetz nicht gedeckt wäre, weder als lebensfremd noch als volksfremd bezeichnet werden. Der Sprachgebrauch schließt es also nicht aus, die in der Reichserbhofgesetzgebung verwendeten Begriffe der Veräußerung und Belastung in einem den Zwecken des Gesetzes angepaßten besonderen Sinne auszulegen.

Die Löschung einer Eigentümergrundschuld ist nun zwar, soweit sie lediglich den Wegfall des davon betroffenen Rechtes selbst zur Folge hat, also ohne Rücksicht auf nachgehende Rechte, selbstverständlich keine Belastung; sie zieht aber eine dem Eigentümer nachteilige Änderung des Belastungsstandes des Grundstückes und damit eine Belastung i. S. des § 37 REG insofern nach sich, als die bisher nachgehenden Grundstücksrechte die Rangstelle der wegfallenden Eigentümergrundschuld erlangen. Das läßt sich nicht, wie Lorenz meint, deshalb leugnen, weil jedes nicht an erster Stelle begründete Grundstücksrecht von vornherein „die Tendenz in sich trage", beim Wegfall eines vorhergehenden Rechtes aufzurücken. Was Lorenz als Tendenz des Vorrückens im Falle der Löschung von Vorbelastungen bezeichnet, ist rechtlich ausgedrückt eine bedingte gesetzliche Anwartschaft auf das Vorrücken, die als solche in der die Belastungslage kennzeichnenden Rangstellenverteilung nicht in Erscheinung tritt. Wird diese Anwartschaft durch den Eintritt der Bedingung — Löschung der vorgehenden Last — verwirklicht, so wird die dingliche Belastungslage des Grundstücks insofern geändert, als alle nachstehenden Rechte an Stelle der bisherigen bloßen Aussicht auf ein Vorrücken eine bessere Rangstellung erwerben und die hinter dem letzten Recht offene Rangstelle für den Eigentümer wertvoller wird. Diese Rechtsfolge der Löschung muß entgegen der Ansicht

von Lorenz als eine Änderung der Belastungslage bezeichnet werden. Die Beurteilung eines rechtlichen Vorganges als einer solchen Änderung wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß er sich kraft der gesetzlichen Rangregelung ohne ein neues rechtsgeschäftliches Handeln der unmittelbar Beteiligten vollzieht. Das Aufrücken einer zweiten Hypothek an die Stelle der ersten ist eine Änderung im Belastungsstande des Grundstückes, mag es darauf beruhen, daß die erste Hypothek im Range zurücktritt, oder darauf, daß sie erlischt. Man müßte sonst Rechtsgeschäfte für genehmigungsfrei erklären, welche die Belastung des Grundstückes nicht schon ihrem Inhalt nach, sondern lediglich als gesetzliche Folge nach sich ziehen, wie etwa die Zusammenschreibung von Erbhofgrundstücken, auch wenn durch sie die Belastung des Erbhofes nachteilig beeinflußt wird. Dies würde dem Zwecke des § 37 REG nicht entsprechen (vgl. KG., 1 Wx 198/35: JFG. 12, 340; JW. 1935, 2022; DNotZ. 1935, 666; RdRN. 1935, 349; HöchstRRspr. 1935 Nr. 958 und jetzt § 29 EHRV). Daß aber das mit dem Erlöschen einer Eigentümergrundschuld zum Nachteil des Eigentümers (kraft Gesetzes) eintretende Vorrücken der nachgehenden Rechte in die bisher für den Eigentümer offengehaltene Rangstelle gleichsam wie eine (kraft Gesetzes eintretende) Belastung dieser Rangstelle behandelt wird, ist keine lebensfremde Konstruktion, sondern muß auch einem Laien bei entsprechender Belehrung einleuchten. Man denke nur an den Fall, daß ein Grundstück mit Hypotheken oder Grundschulden über seinen Wert hinaus belastet ist; dabei wird es ganz klar, daß rein wirtschaftlich betrachtet die Löschung einer an guter Rangstelle stehenden Eigentümergrundschuld den Eigentümer als solchen in gleicher Weise belasten kann, wie die Begründung eines neuen Fremdrechtes an dieser Stelle.

Gegen die Ansicht des Senates wird ferner eingewendet, die Erbhofgesetzgebung stelle als erstes Ziel die Lastenfreiheit des Erbhofes auf und sehe nur, wo dieses Ziel nicht zu erreichen sei, die Mitwirkung des AEG vor. Das ist grundsätzlich richtig, beweist aber nicht, daß die Löschung einer Eigentümergrundschuld genehmigungsfrei sein müsse. Denn die Eigentümergrundschuld ist, wie das LG. zutreffend hervorhebt, keine Belastung des Erbhofes im wirtschaftlichen Sinne. Eine wirtschaftliche Betrachtungsweise liegt aber allein i. S. des Gesetzes. Der Gesetzgeber hat dadurch, daß er die Eigentümergrundschuld hinsichtlich der Veräußerung und der Belastung als Bestandteil des Erbhofs, nicht als Belastung desselben behandelt, zu erkennen gegeben, daß er Verfügungen über die Eigentümergrundschuld für geeignet hält, die Gesunderhaltung der Erbhofwirtschaft zu gefährden und den Weg zur Erreichung des Endziels, der völligen Entschuldung des Bauern, zu erschweren. Nicht als Freimachung des Grundstücks von einer Last, sondern als Fortgabe eines für eine gesunde Bauernwirtschaft verfügbaren wertvollen Eigentumsteils ist daher die Löschung der Eigentümergrundschuld, ebenso wie der Rangrücktritt mit ihr, vom Gesichtspunkt des § 37 REG unter dem allgemeinen Zweckgedanken des § 56 des Gesetzes zu betrachten, und zwar vorwiegend von der wirtschaftlichen Seite aus. Das wird in dem Aufsatz von Lorenz zu Unrecht geleugnet. Seine Gegenüberstellung einer wirtschaftlichen und einer dinglichen Lastenfreiheit, von denen das REG sich nur die letztere zum Ziel gesetzt haben soll, ist irreführend, weil die Begriffe wirtschaftlich und dinglich keine Gegensätze sind. Lastenfreiheit kann im wirtschaftlichen oder im rechtlichen Sinne verstanden werden, und zwar entweder in bezug auf dingliche Lasten oder in bezug auf persönliche Schulden. Das REG verfolgt nun, wie keiner besonderen Ausführung bedarf, durchweg wirtschaftliche Ziele, wobei ihm die rechtlichen Gestaltungen nur Mittel zum Zweck sind. Es will, was hier in Betracht kommt, den Erbhof nach Möglichkeit gegen eine neue Verschuldung schützen, um so allmählich eine Entschuldung zu erreichen. Dabei hat § 37 REG allerdings nur die dinglichen Lasten des Erbhofes im Auge und nicht auch die persönlichen Schulden des Bauern. Dies bedeutet aber nicht, daß hier die wirtschaftliche Zielsetzung hinter der rein rechtlichen zurückträte. Das Gesetz legt sich vielmehr in seiner wirtschaftlichen Zielsetzung eine Beschränkung auf, indem es auf die wirtschaftliche Lastenfreiheit nur hinsichtlich der dinglichen Lasten und nicht auch hinsichtlich der persönlichen Schulden Bedacht nimmt. Zur wirtschaftlichen Lastenfreiheit des Erbhofes in diesem Sinne gehört aber nicht auch die Freiheit von Eigentümergrundschulden. Denn eine Eigentümergrundschuld ist ihrem Wesen nach ein Recht des Eigentümers; sie soll ihm eine Rangstelle, einen für fremde Gläubiger nicht belasteten Wertteil des Grundstückes, freihalten und ist nur rein rechtlich als eine Belastung ausgestaltet, weil sich die Zwecke des Gesetzgebers damit am besten erreichen ließen. Es stellt demgemäß eine Überschätzung der äußeren Rechtsform der Eigentümergrundschuld dar, wenn die Vertreter der hier abgelehnten Gegenmeinung dieses Rechtsgebilde gleichwohl i. S. der Forderung der Erbhofgesetzgebung nach dinglicher Lastenfreiheit einer Fremdbelastung gleichstellen wollen. Das Bestehen von Eigentümergrundschulden hindert den Eintritt der Lastenfreiheit des Erbhofes nicht. Ein nur mit Eigentümergrundschulden belasteter Erbhof ist praktisch lastenfrei. Mit der Umwandlung sämtlicher Fremdrechte der Abt. III des Grundbuches in Eigentümergrundschulden ist der der Erbhofgesetzgebung vorschwebende Idealzustand der Lösung des Bauern von dem Leihkapital der Sache nach erreicht. Die Beseitigung der Eigentümergrundschulden selbst und ihre Löschung im Grundbuche ist, sobald eine Neuverschuldung allgemein verboten wird, nur noch eine Formsache. Nun ist es nach dem geltenden Rechte allerdings noch immer möglich, die an einem Erbhofe bestehende Eigentümergrundschuld durch ihre Abtretung an einen anderen zu einer neuen Fremdbelastung zu machen. Es kann aber nicht zugegeben werden, daß schon aus diesem Grunde jede Löschung einer Eigentümergrundschuld ohne weiteres i. S. des REG liege, weil sie die Neubelastung des Erbhofes erschwere und damit einen Schritt zur endgültigen Lastenfreiheit des Erbhofes bedeute. Wäre das richtig, so hätte für den Gesetzgeber nichts näher gelegen, als bei Erbhöfen die Entstehung von Eigentümergrundschulden auszuschließen, wie das im Rahmen des § 1163 BGB. bei Reichsheimstätten im § 17 Abs. 2 Satz 2 RHeimstättG. i. d. Fass. v. 25. Nov. 1937 (RGBl. I, 1291) geschehen ist. Die abweichende Regelung im Erbhofrecht kann ihren Grund nur darin haben, daß dem Bauern einstweilen die Möglichkeit erhalten werden soll, mit Hilfe der Eigentümergrundschuld einen etwaigen dinglichen Kreditbedarf — unter der Aufsicht des AEG — zu befriedigen. Es trifft also nicht zu, daß diese Möglichkeit vom Gesetzgeber seines Schutzes nicht für wert gehalten würde. Das ist auch nur folgerichtig. Solange es dem Bauern nicht grundsätzlich verwehrt ist, seinen Erbhof mit neuen Hypotheken oder Grundschulden zu belasten, besteht ein Interesse daran, ihm statt dessen die Verwertung einer Eigentümergrundschuld zu gewährleisten, weil er auf dem letzteren Wege regelmäßig günstigere, den Erbhof minder belastende Verzinsungs- und Zahlungsbedingungen erreichen wird als bei der Neubestellung einer Hypothek an der letzten Rangstelle. Daß diese Möglichkeit der Verwertung einer Eigentümergrundschuld nicht mißbraucht werden kann, wird durch das Erfordernis der Genehmigung des AEG sichergestellt (§ 26 EHRV).

Die weitere Beschw. befürchtet im übrigen von der durch die Rspr. des Senats bedingten Erschwerung der Löschung einer durch die Befriedigung des Gläubigers zur Eigentümergrundschuld gewordenen Hypothek, daß sie „die ganze mühevolle Kleinarbeit der Praxis über den Haufen werfe, welche dahin gehe, den beteiligten Bauernkreisen klarzumachen, daß die Erbhofgesetzgebung die allmähliche Befreiung der Erbhöfe von dinglichen Belastungen erstrebe". Dieses Bedenken ist gegenstandslos, wenn die Beteiligten in richtiger Weise dahin belehrt werden, daß die Erbhofgesetzgebung die allmähliche Befreiung der Erbhöfe von wirklichen Belastungen, d. h. von Fremdbelastungen, erstrebe, daß aber eine Eigentümergrundschuld keine Belastung in diesem Sinne sei, sondern dem Eigentümer im Gegenteil die Lastenfreiheit des von ihm entschuldeten Wertteiles des Grundstückes gegenüber den nachgehenden Rechten sichere.

Die weitere Beschw. meint ferner, daß die Genehmigung des AEG überflüssig sei, weil sie doch niemals würde verweigert werden können. Das ist nicht anzuerkennen. Die Umstände können so liegen, daß der Erbhof in absehbarer Zeit dringend neuen Kredit benötigt. Dann wird das AEG dafür sorgen müssen, daß eine als Kreditunterlage geeignete Eigentümergrundschuld bestehen bleibt. Ferner kann im einzelnen Falle Anlaß gegeben sein, die Löschung der Eigentümergrundschuld davon abhängig zu machen, daß die durch sie begünstigten nachgehenden Berechtigten dem Eigentümer andere Bedingungen, insbes. eine Ermäßigung des an der verbesserten Rangstelle vielleicht nicht mehr gerechtfertigten Zinssatzes bewilligen.

Zuzugeben ist der weiteren Beschw. lediglich, daß die Löschung von ausgezahlten Hypotheken häufig unterbleiben wird, wenn dazu außer den sonstigen Unterlagen auch noch die Genehmigung des AEG beigebracht werden muß. Das Interesse an einer möglichst vollständigen Grundbuchbereinigung kann aber nicht dazu führen, eine Löschung zu erleichtern, solange sachliche Gründe dagegen sprechen. Übrigens ist es jederzeit auch ohne Genehmigung des AEG möglich, die ausgezahlte Hypothek in eine Eigentümergrundschuld umschreiben zu lassen und damit den Grundbuchstand der wirklichen Rechtslage anzugleichen.

Die weitere Beschw. ist aus diesen Gründen zurückzuweisen.

(KG., 1. ZivSen., Beschl. v. 21. Juli 1938, 1 Wx 308/38.)

[H.]

Anmerkung: Nach § 37 REG ist der Erbhof grundsätzlich unveräußerlich und unbelastbar; die Veräußerung oder Belastung kann vom AEG genehmigt werden, wenn ein wichtiger Grund

vorliegt. In Ergänzung hierzu bestimmt § 26 EHRV: Als Belastung des Grundstücks gilt auch die Veräußerung oder Belastung einer Eigentümergrundschuld; diese Vorschrift beruht auf der Erwägung, daß eine solche Verfügung über eine Eigentümergrundschuld wirtschaftlich einer Belastung des Grundstücks gleichkommt. Es besteht nun Streit darüber, ob auch die Löschung einer Eigentümergrundschuld der Genehmigung des AEG bedarf.

Das KG. hat diese Frage in seinem Beschl. v. 1. Juli 1937 für den Fall bejaht, daß das Grundstück neben der Eigentümergrundschuld mit gleich- oder nachstehenden Rechten belastet ist. Dieser Meinung habe ich in EHRspr., EHRV § 26 Nr. 1 zugestimmt.

Die Entsch. des KG. ist auf Widerstand gestoßen. Lorenz und Ries haben ihr in DNotZ. 38, 32 widersprochen. Ferner hat das LEHG Celle in seiner Entsch. v. 17. März 1938 (abgedr. in EHRspr., EHRV § 26 Nr. 2) unter Berufung auf Lorenz und Ries die Ausführungen des KG. bekämpft. Das KG. setzt sich in obigem Beschluß mit der Gegenmeinung auseinander und hält an seiner früheren Meinung fest.

In der Tat läßt sich schwer etwas Durchschlagendes gegen das KG. anführen. Durch die Löschung der Eigentümergrundschuld wird, wenn gleich- oder nachstehende Rechte vorhanden sind, die Belastungslage des Erbhofs zuungunsten des Bauern geändert, und der Bauer verliert die Möglichkeit, die Eigentümergrundschuld durch Veräußerung oder Belastung für die Erlangung eines vielleicht dringend notwendigen Kredits oder für eine Umschuldung auszunutzen. Da der Bauer selbst diese Dinge nicht immer zu übersehen vermag, erscheint es nicht unzweckmäßig, daß das AEG vor der Löschung die Verhältnisse prüft; hierdurch wird die Gewähr dafür geboten, daß die Eigentümergrundschuld nur gelöscht wird, wenn dies vom Standpunkt des Erbhofs aus wirtschaftlich unbedenklich ist. Da das Verfahren des AEG einfach und nur mit geringen Kosten verbunden ist, bedeutet der Genehmigungszwang für den Bauern keine besondere Erschwerung.

Einigkeit besteht darüber, daß die Löschung einer Fremdhypothek keiner anerbengerichtlichen Genehmigung bedarf. Wenn der Bauer, der eine Fremdhypothek zurückzahlen will, es so einrichtet, daß die Fremdhypothek unmittelbar zum Erlöschen gebracht wird, ohne daß auch nur vorübergehend eine Eigentümergrundschuld entsteht, so entfällt das Erfordernis der anerbengerichtlichen Zustimmung. Die obige Entsch. des KG. hat also nur Bedeutung für die Fälle, wo aus irgendeinem Grunde die Fremdhypothek nicht sofort gelöscht, sondern zunächst in eine Eigentümergrundschuld verwandelt wird.

MinR. Dr. Vogels, RJM., Berlin.

Reichssiedlungsgesetz

21. KG. — §§ 4 ff. RSiedlG. Das Vorkaufsrecht der Siedelungsunternehmen besteht auch gegenüber Verträgen, in welchen kein anderes Entgelt für die Überlassung des Grundstücks als ein reichlich bemessenes Altenteil vorgesehen ist.

Eigentümer des auf dem vorbezeichneten Grundbuchblatte eingetragenen Erbhofes von etwa 39 Hektar Größe ist der jetzt wegen Geisteskrankheit entmündigte Heinrich C. Dieser hat durch seinen Vormund mit Genehmigung des VormGer. und des AnerbG. den Erbhof in Ermangelung eines gesetzlichen Anerben an seinen nächsten männlichen Verwandten, den Landwirt Erich M., verkauft und aufgelassen. Hierbei hat der Erwerber die auf dem Grundstücke ruhenden Lasten der Abt. II sowie die Verpflichtungen aus einem der 84jährigen Witwe C. zustehenden Altenteil übernommen und selbst dem erst 23jährigen Veräußerer für dessen Lebensdauer eine Leibzucht bestellt, deren Jahreswert in dem Vertrage mit 1800 RM angegeben ist.

Der demgemäß gestellte Eigentumsumschreibungsantrag der Beteiligten wurde vom GBA. dahin beanstandet, daß der Hannoverschen Siedlungsgesellschaft auf Grund des RSiedlG. vom 11. Aug. 1919 ein gesetzliches Vorkaufsrecht zustehe und daß zunächst dessen Nichtausübung nachgewiesen werden müsse. Beschw. und weitere Beschw. hatten keinen Erfolg.

Nach § 4 RSiedlG. hat das gemeinnützige Siedlungsunternehmen ein Vorkaufsrecht auf die in seinem Bezirke belegenen landwirtschaftlichen Grundstücke im Umfange von 25 Hektar aufwärts. Beim Bestehen eines solchen Vorkaufsrechtes hat das GBA. die Eintragung des Eigentumsüberganges so lange auszusetzen, bis ihm die Nichtausübung des Vorkaufsrechtes nachgewiesen ist (§ 10). Die Vorinstanzen sind der Meinung, daß der hier zwischen den Antragstellern abgeschlossene Vertrag das Vorkaufsrecht des Siedlungsunternehmens ausgelöst habe. Dem ist zuzustimmen. Das Vorkaufsrecht entsteht nicht nur beim Abschlusse eines eigentlichen Kaufvertrages über das Grundstück (§ 6 Abs. 1), sondern nach § 11 auch bei anderen Verträgen, welche auf die Veräußerung des Grundstückes gegen Entgelt gerichtet sind. Es kann also nur darauf ankommen, ob — abgesehen von der vielleicht unwesentlichen Übernahme der geringfügigen Lasten der Abt. II und des nicht eingetragenen Altenteils der Witwe C. — die Bestellung der Leibzucht zugunsten des Veräußerers ein Entgelt für die Übertragung des Grundstückes i. S. des § 11 RSiedlG. darstellt. Die Antragsteller wollen das verneint wissen. Sie weisen darauf hin, daß es sich hier um einen sog. Übergabevertrag handele, bei dem es dem Veräußerer nicht so sehr auf die Erzielung einer Gegenleistung als vielmehr darauf angekommen sei, den Erbhof, zu dessen Bewirtschaftung er selbst nicht fähig sei, auf den nächsten Anverwandten zu übertragen. Auch solche Verträge können jedoch unter die Vorschrift des § 11 RSiedlG. fallen.

§ 511 BGB. bestimmt für das vertragliche Vorkaufsrecht, daß es sich im Zweifel nicht auf einen Verkauf erstreckt, der mit Rücksicht auf ein künftiges Erbrecht an einen gesetzlichen Erben erfolgt. Diese Vorschrift ist in § 8 Abs. 1 RSiedlG. für das gesetzliche Vorkaufsrecht des Siedlungsunternehmens nicht zur entsprechenden Anwendung übernommen worden. § 6 Abs. 2 RSiedlG. sieht stattdessen eine Ausnahme nur für den Fall vor, daß der Eigentümer das Grundstück an seinen Ehegatten oder an eine Person verkauft, die mit ihm in gerader Linie oder bis zum dritten Grade der Seitenlinie verwandt oder bis zum zweiten Grade verschwägert ist. Bei diesen Verträgen wird nun in aller Regel eine Sachlage gegeben sein, wie sie hier von den Antragstellern für wesentlich erachtet wird. Der Eigentümer wird bei der Überlassung des Grundstücks an einen der bezeichneten nahen Angehörigen die von dem Erwerber zu übernehmenden Verpflichtungen im Hinblick auf dessen gesetzliches Erbrecht geringer bemessen als bei der Veräußerung an einen Fremden und er wird entscheidenden Wert gerade auf die von ihm ausgewählte Person des Erwerbers legen. Eine solche Sachlage soll aber nach der ausdrücklichen Vorschrift des Gesetzes die Ausübung des Vorkaufsrechtes nur dann ausschließen, wenn der Erwerber — was für den gegebenen Fall nicht zutrifft — zu dem Kreise der im § 6 Abs. 2 bezeichneten Personen gehört. Ein Vertrag mit einer anderen Person wird also, auch wenn er im Hinblick auf deren künftiges Erbrecht unter dementsprechenden Bedingungen, insbes. mit der bei Übergabeverträgen üblichen Bestimmung der von dem Erwerber zu erbringenden Leistungen abgeschlossen worden ist, als ein das Vorkaufsrecht begründender Vertrag i. S. des § 11 RSiedlG. angesehen. Im Einklange hiermit macht § 11 die Ausübung des Vorkaufsrechtes auch nicht davon abhängig, daß das in dem Veräußerungsvertrage von dem Eigentümer ausbedungene Entgelt einen vollen Gegenwert für die Überlassung des Grundstücks bilde. Der Vertrag braucht nur auf die Veräußerung „gegen Entgelt" gerichtet zu sein. Danach genügt jedes Entgelt, auch wenn es hinter dem sonst angemessenen zurückbleibt. Ob als Entgelt in diesem Sinne die Übernahme von Altenteilsleistungen allein auch dann anzusehen ist, wenn sie nach ihrem Umfange und nach der voraussichtlichen Dauer ihrer Entrichtung verhältnismäßig geringfügig sind, bedarf hier keiner Erörterung. Im vorl. Falle ist die vereinbarte Leibzucht im Jahreswerte von 1800 RM auf die Lebenszeit des 23 Jahre alten Veräußerers im Verhältnis zu dem Werte des Grundstücks — bei einem Einheitswerte von 42 000 oder 46 000 RM — offenbar so erheblich, daß ihr die Eigenschaft einer Gegenleistung für die Überlassung des Grundstücks nicht abgesprochen werden kann, mag auch vielleicht ihr Wert hinter dem vollen Hofeswerte zurückbleiben. Die Auffassung, daß sie lediglich den Gegenstand der Veräußerung seinem Umfange und seinem Inhalte nach mindere, ist rechtlich unmöglich. Etwas Derartiges ließe sich allenfalls von einem Wohn- oder sonstigen Nutzungsrechte an dem Grundstücke sagen, aber nicht von der hier vorgesehenen Verpflichtung des Erwerbers, den gesamten Lebensbedarf des noch jugendlichen Veräußerers zu bestreiten, ihm insbes., solange er sich nicht auf dem Hofe aufhält, monatlich 100 RM zu zahlen oder für die gesamten Kosten seiner etwaigen Unterbringung in einer Krankenanstalt aufzukommen.

Für Erbhöfe ist das Vorkaufsrecht des Siedlungsunternehmens im § 35 Abs. 3 EHRV. ausdrücklich aufrechterhalten worden. Auch auf diesem Gebiete entfällt es also bei den Übergabeverträgen des § 37 Abs. 3 REG lediglich dann, wenn der Erwerber zu den im § 6 Abs. 2 RSiedlG. bezeichneten Personen gehört (ebenso Vogels, „REG" § 37 Anm. 156).

Zu beachten bleibt aber, daß auch die der Erfüllung des Vorkaufsrechts dienende Veräußerung des Erbhofes an das Siedlungsunternehmen nach § 37 REG der Genehmigung des AnerbG. bedarf und daß bei dessen Entscheidung die Belange des ursprünglichen Erwerbers und diejenigen der Siedlungsgesellschaft vom Standpunkte des REG aus gegeneinander abgewogen werden können (vgl. Vogels a. a. O.). Dem Eigentumsumschreibungsantrage wird daher, wenn das Siedlungsunternehmen einen Ver-

zicht auf die Ausübung des Vorkaufsrechtes ablehnen sollte, gleichwohl stattzugeben sein, sobald das AnerbG. ihm die Genehmigung zu dem Erwerbe versagt hat.

Die weitere Beschw. unterliegt aus diesen Gründen der Zurückweisung.

(KG., 1. ZivSen., Beschl. v. 11. Aug. 1938, 1 Wx 372/38.) [H.]

Grundbuchordnung

22. KG. — § 23 GBO. § 23 GBO. über die Erleichterung der Löschung der auf die Lebenszeit des Berechtigten beschränkten Rechte gilt auch, soweit diese auf einen Sonderrechtsnachfolger übergegangen sind.

Für die verwitwete Frau Auguste H. steht seit dem 30. Jan. 1920 in Abteilung II unter Nr. 2 bzw. 3 der vorbezeichneten Grundbuchblätter ein Ausgedinge eingetragen. Dieses Recht ist auf Grund eines Beschlusses des AG. am 4. Aug. 1920 für einen Gläubiger der Berechtigten, den Karl R., gepfändet und ihm zur Einziehung überwiesen, was am 25. Sept. 1920 in das Grundbuch eingetragen worden ist.

Der Grundstückseigentümer hat unter Vorlegung einer standesamtlichen Urkunde, wonach die Berechtigte am 3. Dez. 1920 gestorben ist, die Löschung des Rechtes im Grundbuche beantragt. Der Grundbuchrichter beanstandete den Antrag mittels Zwischenverfügung dahin, daß die Zustimmung des Pfändungsgläubigers zu der Löschung beizubringen sei. Eine Beschwerde des Antragstellers wurde vom LG. zurückgewiesen. Seine weitere Beschwerde hat Erfolg.

Es kann hier dahingestellt bleiben, ob und inwieweit eine Pfändung der unter der Bezeichnung „Ausgedinge" zusammengefaßten Rechte sowie die Eintragung einer solchen Pfändung überhaupt zulässig waren (vgl. dazu Güthe-Triebel, „GBO." § 49 Anm. 20 Abs. 3 S. 1031). Denn auch bei Unterstellung der Zulässigkeit ist das Verlangen der Vorinstanzen nicht gerechtfertigt.

Nach § 23 GBO. darf ein Recht, das — wie das vorl. Ausgedinge — auf die Lebenszeit des Berechtigten beschränkt ist, nach dessen Tode, auch wenn Rückstände von Leistungen nicht ausgeschlossen sind, ohne Zustimmung des Rechtsnachfolgers gelöscht werden, wenn seit dem Tode mindestens ein Jahr verstrichen ist und der Rechtsnachfolger bei dem GBA. keinen Widerspruch gegen die Löschung eingereicht hat. Diese Voraussetzungen sind hier gegeben. Rechtsnachfolger im Sinne der bezeichneten Vorschrift ist auch derjenige, der das Recht oder ein Recht an dem Rechte bei Lebzeiten des Berechtigten von diesem oder im Wege einer gegen ihn betriebenen Zwangsvollstreckung erworben hat (Güthe-Triebel, „GBO.", § 23 Anm. 9). Zu einer einschränkenden Auslegung dahin, daß nur der Erbe gemeint sei, besteht nach dem Wortlaut und nach dem Grundgedanken des Gesetzes keine Veranlassung. Durch § 23 GBO. soll die Löschung der auf Lebenszeit befristeten Rechte erleichtert werden, wenn bei ihnen die Möglichkeit von Rückständen besteht, was nach §§ 22, 29 GBO. durch öffentliche Urkunden ausgeräumt werden müßte, in dieser Form aber kaum jemals zu widerlegen sein wird. Hierbei geht das Gesetz davon aus, daß derjenige, der nach dem Tode des Berechtigten an dessen Stelle einen Anspruch auf die etwaigen Rückstände hat, sich spätestens innerhalb eines Jahres melden wird. Es mutet ihm jedenfalls zu, sein Recht während dieses Zeitraumes nötigenfalls durch einen bei dem GBA. zu erhebenden Widerspruch zu sichern. Tut er das nicht, so braucht bei der Löschung auf sein etwaiges Interesse an dem Fortbestehen der Eintragung des Rechtes keine Rücksicht genommen zu werden. Diese Erwägungen gelten für einen Sonderrechtsnachfolger des eingetragenen Berechtigten ebenso wie für einen Erben. Auch ihm gegenüber besteht das Bedürfnis, das Recht nach dem Tode des ursprünglichen Berechtigten ohne den Nachweis des Nichtvorhandenseins von Rückständen zur Löschung bringen zu können. Andererseits kann auch dem Sonderrechtsnachfolger ebenso wie dem Erben des Berechtigten zugemutet werden, sich beim Ausbleiben der regelmäßigen Leistungen innerhalb eines Jahres um die Wahrnehmung der auf ihn übergegangenen Rechte zu bemühen, insbes. nach dem Tode des ursprünglich Berechtigten gegen eine sonst nach Jahresfrist zulässige Löschung Widerspruch zu erheben.

Die Zustimmung des Pfändungsgläubigers zu der Löschung ist hiernach ebensowenig erforderlich wie diejenige des Erben der eingetragenen Berechtigten. Vielmehr ist mit dem Ausgedinge selbst auch das Pfandrecht zu löschen, da seine Eintragung für sich allein nicht bestehen bleiben kann.

(KG., 1. ZivSen., Beschl. v. 11. Aug. 1938, 1 Wx 344/38.) [H.]

23. KG. — §§ 35, 51 GBO.; § 2205 S. 3 BGB. Veräußert der Testamentsvollstrecker ein Nachlaßgrundstück in der Weise, daß das gestundete Restkaufgeld in Teilhypotheken für die einzelnen Miterben eingetragen werden soll, so ist zur Eigentumsumschreibung und zur Eintragung der Hypotheken im Grundbuche die Erbfolge gemäß § 35 GBO. nachzuweisen.

Der durch ein Zeugnis des Nachlaßgerichts ausgewiesene Testamentsvollstrecker für den Nachlaß des G. verkaufte ein Nachlaßgrundstück an einen Dritten und ließ es ihm auf. Von dem Kaufpreise wurde ein Rest von 20 000 RM gestundet. Als Gläubiger der Restkaufgeldforderung wurden im Kaufvertrage die einzeln aufgeführten vier G.schen Erben zu bestimmten Teilbeträgen genannt, denen anschließend entsprechende, gleichrangige Hypotheken an dem verkauften Grundstücke bestellt wurden. Gegenüber dem Antrage des Testamentsvollstreckers auf Umschreibung des Grundstückseigentums auf den Erwerber und auf Eintragung der Hypotheken verlangten die Vorinstanzen den Nachweis der Erbfolge in grundbuchmäßiger Form (§ 35 GBO.). Dem trat das KG. bei.

Das LG. meint, der Testamentsvollstrecker müsse die Entgeltlichkeit der in dem Kaufvertrage enthaltenen Verfügungen über Nachlaßgegenstände dartun (§ 2205 Satz 3 BGB.); als unentgeltliche Verfügung komme allerdings weder die Zuwendung des Restkaufgeldes von 20 000 RM an die vier Gläubiger, noch die Bestellung der vier Hypotheken in Betracht, weil diese Restkaufgeldforderung niemals zum Nachlaß gehört habe, sondern nach dem Kaufvertrage — insoweit kraft Vertrages zugunsten Dritter — unmittelbar in der Person der Gläubiger entstanden sei und die Belastung des Grundstücks erst nach der Übereignung an den Erwerber erfolge. Teilweise unentgeltlich sei jedoch die Veräußerung des Grundstücks, das infolge der Zuweisung der 20 000 RM an die Gläubiger aus dem Nachlasse fortgegeben werde, ohne daß ein entsprechender Gegenwert in den Nachlaß gelange. Eine Unentgeltlichkeit der Veräußerung entfalle nur dann, wenn die Gläubiger tatsächlich die Erben des eingetragenen Grundstückseigentümers seien. Das sei gemäß § 35 GBO., also grundsätzlich durch Vorlegung eines Erbscheines, nachzuweisen.

Diese Auffassung steht im Einklang mit der höchstrichterlichen Rspr., insbes. mit der Ansicht des RG. (vgl. JW. 1938, 525 = Recht 1938 Nr. 1698), wonach in Anwendung der für den Vorerben herausgebildeten Grundsätze der Testamentsvollstrecker unentgeltlich über einen Erbschaftsgegenstand verfügt, wenn er ohne gleichwertige Gegenleistung ein Opfer aus der Erbschaftsmasse bringt und die Unzulänglichkeit der Gegenleistung kennt oder bei ordnungsmäßiger Verwaltung erkennen mußte. Mit dem Vorderrichter ist davon auszugehen, daß hier das Restkaufgeld von 20 000 RM nicht in den Nachlaß, sondern in das freie Vermögen der angeblichen Erben fällt. Dann kommt es aber nicht darauf an, daß der Erwerber des veräußerten Nachlaßgrundstücks dafür allerdings eine gleichwertige Leistung zu bewirken hat. Denn soweit die Gegenleistung nicht dem Nachlasse zufließt, muß sie bei der Prüfung, ob die Verfügung des Testamentsvollstreckers entgeltlich ist, außer Betracht bleiben (vgl. RGZ. 125, 245 f. = JW. 1930, 998 [16]). Die Entsch. des Senats v. 20. Jan. 1938 (HöchstRRspr. Nr. 519 = JW. 1938, 949) steht dem nicht entgegen. Dort ist nur ausgesprochen, daß es für die Beurteilung der Entgeltlichkeit der Verfügung eines Testamentsvollstreckers ohne Bedeutung ist, wie der Testamentsvollstrecker die Gegenleistung verwendet, die bereits in den Nachlaß gelangt war. Wäre demgemäß im vorl. Falle auch das Restkaufgeld an den Testamentsvollstrecker auszuzahlen, so würde die Entgeltlichkeit der Veräußerung des Nachlaßgrundstückes nicht dadurch in Frage gestellt werden können, daß der Testamentsvollstrecker anschließend darüber unentgeltlich zugunsten dritter Personen verfügt. Hier sollen aber nach den im Kaufvertrage getroffenen Vereinbarungen die Restkaufgeldforderungen von vornherein zugunsten der Gläubiger entstehen.

Die Bedenken gegen die Entgeltlichkeit der Grundstücksveräußerung werden nur dadurch behoben, daß die Erbeneigenschaft der Gläubiger in der durch § 35 GBO. vorgeschriebenen Form nachgewiesen wird. Denn auf diese Weise wird in Verbindung mit der Erklärung des Testamentsvollstreckers, daß die Zuteilung der Teilforderungen auf die einzelnen Gläubiger zum Zwecke der Auseinandersetzung unter den Erben erfolge, klargestellt, daß die Gegenleistung des Grundstückskäufers auch insoweit doch dem Nachlaß zugute kommt, also bei der Frage der Entgeltlichkeit zu berücksichtigen ist.

In anderer Weise kann der Testamentsvollstrecker den Nachweis der Entgeltlichkeit in einem Falle wie dem vorliegenden nicht führen. Seine bloße Erklärung, daß er nicht unentgeltlich verfügt habe, reicht unter keinen Umständen aus, weil die Beurteilung, ob eine entgeltliche Verfügung vorliegt, ausschließlich Sache des GBA. ist. Es genügt aber zum Nachweise der Entgelt-

lichkeit nach feststehender Rspr. des Senats im allgemeinen, daß der Testamentsvollstrecker die für seine Verfügung maßgebenden Beweggründe im einzelnen angibt und daß diese verständlich und der Wirklichkeit gerecht werdend erscheinen und begründete Zweifel an der Pflichtmäßigkeit der Handlung nicht ersichtlich sind (JFG. 7, 284). Die Zulassung einer solchen im Gesetze nicht geregelten Ausnahme von dem das Antragsverfahren des Grundbuchrechts sonst beherrschenden Grundsatze, daß als Nachweismittel für Eintragungsvoraussetzungen nur die in § 29 GBO. bezeichneten Urkunden statthaft sind, beruht darauf, daß der Nachweis der Entgeltlichkeit regelmäßig in der Form des § 29 GBO. praktisch nicht möglich ist. Die Beweiserleichterung für den Testamentsvollstrecker wird demgemäß insoweit nicht Platz greifen können, als im einzelnen Falle gleichwohl die Möglichkeit eines den Vorschriften der GBO. entsprechenden Nachweises vorhanden ist. Hier hängt die Entgeltlichkeit der Grundstücksveräußerung nach dem dargelegten Sachverhalt von der Erbeneigenschaft der Gläubiger ab. Zu deren Nachweis in grundbuchmäßiger Form ist der Testamentsvollstrecker aber in der Lage, sei es durch Vorlegung eines etwa errichteten öffentlichen Testaments, sei es durch Beschaffung eines Erbscheines, dessen Erteilung er zu beantragen berechtigt ist (KGJ. 22, A 56). Für den grundbuchmäßigen Nachweis der Erbfolge sind zudem in § 35 GBO. ganz bestimmte Erfordernisse aufgestellt dahin, daß er grundsätzlich nur durch einen Erbschein, hilfsweise nach dem Ermessen des GBA. auch durch eine Verfügung von Todes wegen in öffentlicher Form in Verbindung mit der Eröffnungsverhandlung geführt werden kann. Diese Regelung, deren Zweck dahin geht, dem Grundbuchrichter die Prüfung schwieriger erbrechtlicher Verhältnisse nach Möglichkeit zu ersparen, muß nicht nur in dem Falle gelten, daß der Nachweis der Erbfolge die unmittelbare Voraussetzung für eine Grundbucheintragung bildet — z. B. wenn der Erbe über ein Nachlaßrecht verfügen will oder als Eigentümer im Grundbuche eines Nachlaßgrundstücks eingetragen werden soll —, sondern auch dann, wenn es sich bei der Erbfolge, wie hier, um ein wesentliches Element eines anderen dem GBA. zu erbringenden Nachweises handelt (vgl. KGJ. 48, 153). Danach würde der Testamentsvollstrecker im vorl. Fall seiner Nachweispflicht mit der Vorlegung eines privatschriftlichen Testamentes nicht genügen können.

Ein Nachweis der Erbfolge in der Form des § 35 erscheint im übrigen auch deswegen erforderlich, weil der Grundbuchrichter zu der Prüfung in der Lage sein muß, ob etwa § 51 GBO. zur Anwendung kommt und demgemäß von Amts wegen das Recht eines Nacherben mit einzutragen ist (vgl. KGJ. 48, 151; HöchstRRspr. 1933 Nr. 1451). Denn der Testamentsvollstrecker ist nicht befugt, im Falle des Bestehens einer Nacherbfolge dem Vorerben Teile des Nachlasses oder das Entgelt für einen veräußerten Nachlaßwert ohne Gegenleistung zur freien Verfügung zuzuweisen. Das gilt in gleicher Weise, wenn ein als Ersatz für einen aufgegebenen Nachlaßwert in den Nachlaß gelangtes oder sonst mit Mitteln des Nachlasses erworbenes Grundstück oder Grundstücksrecht auf den Erben oder die Erbengemeinschaft eingetragen wird (KGJ. 40, 190, 201), wie auch, wenn ein zum Nachlaß gehöriger oder dem Nachlasse zustehender Wert zum Zwecke der Auseinandersetzung einem bestimmten Miterben zugeteilt wird (KGJ. 48, 151; 44, 233). In diesen Fällen bedarf es deshalb der Vorlegung eines Erbscheines oder eines öffentlichen Testaments ebenso wie bei der Umschreibung eines im Grundbuch auf den Namen des Erblassers eingetragenen Rechtes auf den Erben auf Antrag des Testamentsvollstreckers (KGJ. 50, 231; HöchstRRspr. 1938 Nr. 314). Auch wenn also im vorl. Falle der Testamentsvollstrecker die Restkaufgeldforderung zunächst als einen an die Stelle des veräußerten Grundstücks getretenen Wert des ungeteilten Nachlasses für die Erbengemeinschaft hätte eintragen lassen, um die Verteilung auf die einzelnen Erben erst später vorzunehmen, wäre zu der Eintragung der grundbuchmäßige Nachweis der Erbfolge erforderlich gewesen.

(KG., 1. ZivSen., Beschl. v. 1. Sept. 1938, 1 Wx 343/38.)

[H.]

*

24. KG. — § 54 GBO. Eine Höchstbetragshypothek zur Sicherung der Ansprüche aus öffentlichen Lasten ist eintragungsfähig, wenn nur solche Leistungen gesichert werden, welche bei Anordnung einer Zwangsversteigerung oder einer Zwangsverwaltung das Vorrecht aus § 10 Abs. 1 Nr. 3 ZwVerstG. nicht mehr genießen.

Die Eigentümerin des Grundstücks bewilligte und beantragte die Eintragung einer Sicherungshypothek von 800 RM für den Preußischen Staat, vertreten durch den RegPräs. „zur Sicherung aller Forderungen des Staates an rückständigen und künftig fällig werdenden Grundsteuern (Hauszinssteuern usw.), soweit sie das zu belastende Grundstück betreffen". Das GBA. wies den Antrag zurück, weil die auf einem Grundstück ruhenden öffentlichen Lasten von der Eintragung in das Grundbuch gemäß § 54 GBO. ausgeschlossen seien und ihre Eintragung gesetzlich nicht besonders zugelassen sei. Die Beschw. der Antragstellerin hatte keinen Erfolg. Ihre weitere Beschw. führt zur Aufhebung der Vorentscheidung und zur Zurückverweisung der Sache an das GBA.

Nach § 54 GBO. sind die auf einem Grundstück ruhenden öffentlichen Lasten als solche von der Eintragung in das Grundbuch grundsätzlich ausgeschlossen. Dagegen enthält diese Vorschrift keine Bestimmung darüber, ob die auf Grund der öffentlichen Last geschuldeten einzelnen Leistungen durch eine Hypothek gesichert werden können. Nach der Rspr. des Senats ist die hypothekarische Sicherung unzulässig für solche Leistungen, die zur Zeit der Eintragung in das Grundbuch das Vorrecht des § 10 Abs. 1 Nr. 3 ZwVerstG. genießen, dagegen zulässig für solche Beträge, welche das Vorrecht verloren haben (OLG. 16, 163; HöchstRRspr. 29 Nr. 1435; JW. 1933, 618). Diese Entscheidungen sind ergangen zur Zeit der Geltungsdauer des Art. 11 Abs. 1 PrAGGBO., demzufolge die öffentlichen Lasten des Grundstücks, die bei der Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung den Rechten am Grundstück im Range vorgehen, von der Eintragung in das Grundbuch ausgeschlossen waren. Diese Bestimmung beruhte nach der amtlichen Begründung auf der Erwägung, daß die Eintragung der öffentlichen Lasten zwecklos sei mit Rücksicht darauf, daß durch sie weder die Wirkungen der Lasten erhöht, noch ihr Umfang begrenzt werde. Für nicht bevorrechtigte Lasten ist die Eintragung einer Hypothek aber nicht zwecklos, weil eine Hypothek bei einer Zwangsversteigerung in Klasse 4 zur Hebung kommt, nicht durch Hypothek gesicherte überalterte Lasten dagegen erst in Klasse 7 (§ 10 Abs. 1 Nr. 3, 4 und 7 ZwVerstG.). Der Senat hat hieraus und wegen des praktischen Bedürfnisses angenommen, daß nicht mehr bevorrechtigte Leistungen einer öffentlichen Last durch Hypothek gesichert werden können.

Nach Hesse-Saage, § 54 GBO., Anm. I 2, ist nun der Grund für das Eintragungsverbot des § 54 nicht die Zwecklosigkeit der Eintragung im Hinblick auf § 10 Abs. 1 Nr. 3 ZwVerstG., sondern die Erwägung, daß die öffentliche Last dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs nicht untersteht und deshalb nicht in das Grundbuch gehört. Diese Erwägung, die auch bei der Schaffung des Art. 11 PrAGGBO. mitgespielt hat, erklärt nur, warum die öffentliche Last überhaupt nicht in das Grundbuch eingetragen werden kann, gleichviel, ob ihre Einzelleistungen bei einer Zwangsversteigerung in der Rangklasse 3 oder in der Rangklasse 7 zur Hebung kommen. Sie läßt sich aber gegen die Eintragung einer Hypothek nicht verwerten. Denn § 54 GBO. verbietet nur die Eintragung der öffentlichen Last selbst als solcher; eine Hypothek, die zulässigerweise für die einzelnen Leistungen aus der öffentlichen Last eingetragen wird, untersteht dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs, so daß es von der Eintragung der Hypothek abhängt, ob die überalterten Leistungen aus der öffentlichen Last in der Rangklasse 4 oder in der Rangklasse 7 zur Hebung gelangen. Diese Erwägungen geben deshalb keinen Anlaß, von der bisherigen Rspr. abzugehen.

Hesse-Saage (a. a. O. Anm. II) halten nun die Eintragung einer Hypothek für die Leistungen aus einer öffentlichen Last nicht für zulässig aus folgenden Gründen: Es sei anerkannten Rechtens, daß für ein und dieselbe Forderung an demselben Grundstück nicht mehrere Hypotheken bestehen könnten. Für das Zusammentreffen von Hypothek und öffentlicher Last könne nichts anderes gelten. Hypothek sowohl wie öffentliche Last ergriffen bereits jede für sich das ganze Grundstück. Der Gläubiger müsse sich mit demjenigen Recht begnügen, das ihm die beste Sicherung gewähre, und er müsse auf das mindere Recht verzichten. Sei dieses die öffentliche Last und sei ein Verzicht darauf nicht möglich, so liege darin der Verzicht des öffentlichen Rechts auf bessere Sicherung. Es ist richtig, daß die Eintragung zweier selbständiger Hypotheken für dieselbe Forderung nicht zulässig ist, gleichviel ob die Hypotheken auf demselben Grundstück oder auf verschiedenen Grundstücken eingetragen werden (KGJ. 35, A 314; 53, 214; Planck § 1113 Anm. 6k mit weiteren Nachweisen), und zwar auch dann nicht, wenn die neue Hypothek einen besseren Rang erhalten soll als die bereits bestehende (KG.: HöchstRRspr. 1928 Nr. 613 unter Aufgabe der Entscheidung OLG. 12, 282). Dieser Rechtssatz, an dem festzuhalten ist, wird begründet (KGJ. 35, A 314) mit dem akzessorischen Charakter der Hypothek, der eine Selbständigkeit der mehreren für dieselbe Forderung bestellten Hypotheken nicht zulasse. Solche Selbständigkeit würde dahin führen, daß die Forderung sich in der Hand gutgläubiger Erwerber der Hypotheken auf Grund des § 1138 BGB. vervielfache, obwohl sie nach dem materiellen Forderungsrecht nur einmal bestehe. Ferner könnte nach § 1153 BGB. jede Hypothek nur zusammen mit der anderen übertragen werden, und selbst bei Innehaltung aller Vorschriften des § 1154 BGB. würde die Hypothek nicht übergehen,

wenn nicht auch die andere Hypothek übertragen würde. Aber diese Bedenken bestehen bei dem Zusammentreffen einer öffentlichen Last mit einer Hypothek nicht. Die §§ 1153, 1154 BGB. gelten für die öffentliche Last nicht; sie machen andererseits den Übergang der Hypothek nicht davon abhängig, daß auch die öffentliche Last auf den Erwerber übertragen wird, so daß hier auf die weitere Frage, wieweit eine Übertragung der öffentlichen Lasten und der aus ihnen entstehenden Leistungen überhaupt möglich ist, nicht eingegangen zu werden braucht. Eine Vervielfachung der Forderung ist, abgesehen davon, daß § 1138 BGB. in einem Falle der vorl. Art, in dem die Eintragung einer Sicherungshypothek begehrt wird, nicht gilt (§ 1185 BGB.), nicht zu befürchten, weil die Berechtigten aus der öffentlichen Last stets öffentliche Körperschaften sind, von denen erwartet werden kann, daß sie nicht zum Nachteil ihrer Schuldner und der Eigentümer der belasteten Grundstücke handeln. Andererseits spricht ein erhebliches praktisches Bedürfnis dafür, dem Eigentümer die Eintragung einer solchen Hypothek zu gestatten, um zu vermeiden, daß die aus den öffentlichen Lasten berechtigten Körperschaften genötigt werden, zur Unzeit die Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung des belasteten Grundstücks zu betreiben, wenn sie nicht Gefahr laufen wollen, wegen ihrer Ansprüche auszufallen. Der preußische Gesetzgeber hat das Bedürfnis dadurch anerkannt, daß durch das Ges. v. 12. Juli 1933 (GS. 252) die Eintragung von Zwangshypotheken zugelassen worden ist, wenn den Lasten das Vorrecht aus § 10 Abs. 1 Nr. 3 ZwVerstG. nicht mehr zusteht. Der Senat hält deshalb an seiner bisherigen Rspr. fest, die auch im Schrifttum überwiegend Zustimmung gefunden hat (Güthe-Triebel § 54 Anm. 9; Henke-Mönch § 54 Anm. 3 B; Riewald: JW. 1930, 2366).

Ist die Eintragung einer Hypothek für die nichtbevorrechtigten öffentlichen Lasten zulässig, so braucht doch mit der Eintragung in das Grundbuch nicht gewartet zu werden, bis das Vorrecht für die einzelnen Leistungen erloschen ist. Die Eintragung kann in der Weise geschehen, daß eine an einen Anfangstermin geknüpfte oder eine aufschiebend bedingte Hypothek eingetragen wird, bedingt dadurch, daß die gesicherte Forderung mehr als zwei Jahre (bzw. bei der Hauszinssteuer mehr als sechs Monate — § 9 Abs. 2 PrHauszinsStVO. v. 30. März 1938 [GS. 47] bzw. bei einmaligen Leistungen vier Jahre — VO. v. 14. Juni 1932 Teil II Art. 2 [RGBl. I, 294]) rückständig ist. Die Hypothek entsteht dann erst mit Eintritt der Bedingung oder des Anfangstermins; ihr Rang bestimmt sich aber gemäß § 879 BGB. nach der Eintragung (Güthe-Triebel § 45 Anm. 39). Es kann aber auch, wenn die öffentliche Last sich nicht in einer einmaligen der Höhe nach bestimmten Leistung erschöpft, eine Höchstbetragshypothek bestellt werden für diejenigen Abgaben, die im Falle einer Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung länger als zwei Jahre (bzw. sechs Monate bzw. vier Jahre) rückständig sind. In diesem Falle besteht die Höchstbetragshypothek sofort mit der Eintragung als unbedingte Belastung des Grundstücks; sie ist aber zunächst vorläufige Eigentümergrundschuld und fällt erst mit der Feststellung der gesicherten Forderung dem eingetragenen Gläubiger als Hypothek zu (RGZ. 97, 226; KGJ. 49, 217, 225).

Im vorl. Falle hat die BeschwF. offenbar die Eintragung einer Höchstbetragshypothek beantragt. Sie hat aber in der Bewilligung als gesicherte Forderungen schlechthin alle rückständigen und künftig fällig werdenden Grundsteuerforderungen bezeichnet. Soweit danach die Hypothek auch Forderungen sichern soll, die im Zeitpunkt einer Beschlagnahme des Grundstücks noch bevorrechtigt sind, ist die Eintragung unzulässig. Sie würde aber zulässig sein, wenn die BeschwF. ihren Antrag und ihre Bewilligung dahin einschränkte, daß die Hypothek nur diejenigen Abgaben sichern soll, die bei Anordnung einer Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung nicht mehr das Vorrecht aus § 10 Abs. 1 Nr. 3 ZwVerstG. genießen. Nach ständiger Rspr. des Senats kann auf die Einschränkung eines Antrages durch Zwischenverfügung hingewirkt werden. Deshalb sind die Vorentscheidungen aufzuheben; das GBA. wird eine entsprechende Zwischenverfügung zu erlassen haben.

(KG., 1. ZivSen., Beschl. v. 8. Sept. 1938, 1 Wx 400/38.) [H.]

Handelsgesetzbuch und Aktiengesetz

25. LG. — § 25 HGB. Die Haftung aus § 25 HGB. tritt nicht ein im Falle der Unwirksamkeit des Übernahmevertrages.

Die Bekl. hatten von den jüdischen Eheleuten S. das unter der Firma S. & S. betriebene Handelsgeschäft gekauft. Der Kaufpreis betrug 120 000 *RM*. Die Fortführung der bisherigen Firma wurde von den Verkäufern gestattet. Die Haftung der Geschäftserwerber für die Verbindlichkeiten der bisherigen Inhaber wurde ausgeschlossen. In laufende Lieferantenaufträge traten die Käufer ein. Sie übernahmen außerdem alle Verbindlichkeiten vom 8. Dez. 1937 ab, und zwar auch für den Fall, daß der Kaufvertrag nicht wirksam werden sollte. Die Wirksamkeit des Kaufvertrages sollte von der Erteilung der erforderlichen behördlichen Genehmigung und von der vertragsgemäßen Zahlung des Kaufpreises abhängig sein. Im Falle der Nichterfüllung der einen oder anderen Bedingung sollte der Vertrag unwirksam sein. Die Verkäufer sollten auch das Recht haben, vom Vertrag ohne weiteres zurückzutreten, wenn die erforderlichen behördlichen Genehmigungen nicht bis zu einem bestimmten Termin erteilt werden würden.

Die Bekl. übernahmen das Handelsgeschäft am 8. Dez. 1937 und führten es unter der bisherigen Firma und mit ihrem Namen als Inhaberzusatz fort. Eine Eintragung im Handelsregister erfolgte nicht. Die beantragte Genehmigung nach dem EinzelhandelSchG. zur Übernahme des Geschäftes wurde den Bekl. später versagt. Da die Verkäufer inzwischen ins Ausland geflüchtet waren, wurde das Geschäft amtlich geschlossen. Über das Vermögen der Verkäufer wurde der Konkurs eröffnet.

Die Kl. hatte im Sept. 1937 Waren an die Firma geliefert. Sie verlangt von den Bekl. Zahlung des Kaufpreises... Die Kl. führt aus, die Bekl. hafteten für die Schulden der früheren Geschäftsinhaber gemäß § 25 HGB., weil sie das Geschäft unter Fortführung der Firma übernommen hätten und ein Ausschluß der Haftungsübernahme im Handelsregister nicht eingetragen worden sei.

Die Bekl. lehnen die Haftung für die alten Geschäftsschulden mit der Begründung ab, daß sie diese nicht übernommen hätten, und daß der Kaufvertrag wegen Versagung der behördlichen Genehmigung nicht wirksam geworden sei. Die Eintragung des Haftungsausschlusses im Handelsregister sei deshalb nicht erfolgt, weil sie erst nach Erteilung der behördlichen Genehmigung hätte durchgeführt werden können.

Die Kl. führt dazu aus, daß es nicht auf die Wirksamkeit des Vertrages ankomme, sondern allein auf die nicht bestrittene Tatsache der Fortführung der Firma durch die Bekl.

Nach § 25 HGB. haftet derjenige, welcher ein unter Lebenden erworbenes Handelsgeschäft unter der bisherigen Firma mit oder ohne Beifügung eines das Nachfolgeverhältnis andeutenden Zusatzes fortführt, für alle im Betriebe des Geschäfts begründeten Verbindlichkeiten des früheren Inhabers. Eine abweichende Vereinbarung ist einem Dritten gegenüber nur wirksam, wenn sie in das Handelsregister eingetragen und bekannt gemacht oder dem Dritten mitgeteilt worden ist. Die Bekl. haben das Geschäft mit unveränderter Firma eine Zeitlang fortgeführt. Der vereinbarte Ausschluß der Haftung für die alten Verbindlichkeiten ist im Handelsregister ebensowenig eingetragen worden wie die Übernahme des Geschäfts als solche. Die Bekl. berufen sich darauf, daß der Übernahmevertrag nicht wirksam geworden sei, weil sie die ausdrücklich vorgesehene behördliche Genehmigung, von deren Erteilung die Wirksamkeit des Vertrages abhängig gemacht worden sei, nicht erlangt hätten. Ob dieser Einwand der Unwirksamkeit des Übernahmevertrages gegenüber der Inanspruchnahme aus § 25 HGB. zulässig ist, ist bestritten. Es wird dagegen geltend gemacht, daß hier nicht der Übernahmewille der Rechtsgrund der Haftung sei, sondern die Tatsache der Fortführung eines Erwerbsgeschäftes mit der Firma. Darin liege eine der Öffentlichkeit gegenüber abgegebene Erklärung, an die das Gesetz die Rechtsfolge der Passivenhaftung geknüpft hätte, auch wenn sie nicht vereinbart und nicht beabsichtigt gewesen sei. Dieser Auffassung vermag das BG. nicht beizutreten. Es kann auf die Tatsache der unveränderten Firmenfortführung nicht allein ankommen, weil das Gesetz in § 25 HGB. die Haftung nur für den begründet hat, der ein „unter Lebenden erworbenes" Handelsgeschäft fortführt. Ein unter Lebenden erworbenes Handelsgeschäft ist ein durch Rechtsgeschäft unter Lebenden erworbenes Geschäft. Daraus folgt, daß die Unwirksamkeit dieses Rechtsgeschäftes den Eintritt der Haftung auszuschließen geeignet sein muß. Die entgegengesetzte Ansicht würde dazu führen, daß im Falle der Unwirksamkeit des Veräußerungsgeschäftes der Käufer, der das Geschäft bereits übernommen und die Firma fortgeführt hat, für sämtliche Schulden des Verkäufers einstehen müßte, ohne daß er dem mit dem Geschäftserwerb erstrebten Nutzen zu ziehen in der Lage ist. Das würde nicht nur eine unbillige Schädigung des Käufers sein, sondern auch eine unverdiente Besserstellung der Geschäftsgläubiger. Wenn das Gesetz die Forthaftung des Geschäftsübernehmers für die Geschäftsverbindlichkeiten des alten Inhabers zugelassen hat, so geschah das aus der Erwägung, daß man einmal das Handelsgeschäft und die Firma mit ihren Forderungen und Verbindlichkeiten als Ganzes anzusehen und es unabhängig vom jeweiligen Inhaber wie eine juristische Person zu betrachten pflegte, und auch, weil der Erwerber eines Geschäftes durch die Fortführung der Firma seine Absicht erklärt, in die Geschäftsbeziehungen des früheren Inhabers

soweit als möglich einzutreten (vgl. JW. 1911, 551 [37]). Der Gesetzgeber hat diesen Gedanken aber nicht so durchgeführt, daß die Haftung in jedem Falle eintritt, der Geschäftsgläubiger also in jedem Falle der Veräußerung und der Fortführung der Firma einen zusätzlichen Schuldner erhält. Der Übergang der Haftung kann ausgeschlossen werden, und der Gläubiger muß es sich gefallen lassen, daß — abgesehen von dem hier nicht vorl. Falle des § 419 BGB. — der frühere Geschäftsinhaber allein sein Schuldner bleibt, obwohl er das Geschäft veräußert hat. Bei dieser Sachlage besteht kein zwingendes Bedürfnis, die Rechtsfolgen des § 25 HGB. ohne Rücksicht auf die Rechtswirksamkeit des Veräußerungsvertrages lediglich an den Tatbestand der Firmenfortführung zu knüpfen. Der Gläubiger, der den Ausschluß der Haftungsübernahme nicht verhindern kann, einen zusätzlichen Schuldner in der Person des Geschäftsübernehmers also ohne sein Zutun erwirbt, wird nicht unbillig geschädigt, wenn die zusätzliche Haftung des Erwerbers wegen Nichtigkeit des Veräußerungsvertrages wieder fortfällt. Es tritt für ihn damit nur die alte Rechtslage wieder ein.

(LG. Berlin, Urt. v. 22. Aug. 1938, 408 S 2469/38.)

*

26. RG. — 1. AktG.; § 723 BGB. Abstimmungsvereinbarungen (Stimmrechtsbindungsverträge) sind auch unter der Geltung des AktG. v. 30. Jan. 1937 grundsätzlich zulässig. Zur Rechtsnatur solcher Vereinbarungen und zu ihrer fristlosen Kündigung aus wichtigem Grunde.

2. § 71 Abs. 2 ZPO. Die Entscheidung über die Zurückweisung des Beitritts eines Streitgehilfen kann nur mit sofortiger Beschw. angefochten werden, selbst wenn die Entscheidung statt durch Zwischenurteil im Endurteil mit erfolgt.

1. Die Ausführungen des BG. geben zu rechtlichen Bedenken keinen Anlaß, soweit sie die grundsätzliche Zulässigkeit von Stimmrechtsbindungsverträgen und die Möglichkeit daraus herzuleitender Schadensersatzansprüche betreffen. Wie der Senat unter Verweisung auf seine seitherige Rspr. bereits in seinem Urt. v. 7. Febr. 1936, II 207/35, ausgesprochen hatte, kann zwar aus Abstimmungsvereinbarungen, die Aktionäre untereinander getroffen haben, ein Anspruch auf Erfüllung im Sinne einer erzwingbaren Leistung als mit der gesetzlich gewährleisteten freien Ausübung des Stimmrechts unvereinbar nicht hergeleitet werden. Das schließt aber nicht aus, daß eine Verletzung der Abrede schuldrechtliche Folgen auslöst, die insbesondere darin bestehen können, daß der abredewidrig Handelnde seinem Vertragspartner den Schaden zu ersetzen hat, den dieser zufolge der vertragswidrigen Abstimmung und der dadurch geschaffenen Sachlage erleidet. Der Kl. (und RevKl.) kann deshalb Erstattung entgangenen Gewinns sowie Schadloshaltung wegen sonstiger ihm erwachsener oder noch erwachsender Nachteile beanspruchen, wenn er darzutun vermag, daß die Ursache hierfür in der schuldhaften Verletzung vertraglicher Verpflichtungen zu erblicken ist, an welche die Bekl. gebunden waren. Er hat auch ein rechtliches Interesse an einer Feststellung der Schadensersatzpflicht der Bekl., sofern ihm die Bezifferung eines bereits entstandenen Schadens noch nicht möglich oder ein solcher erst für die Zukunft zu erwarten und anzunehmen ist, daß die spätere Verwirklichung des Ersatzanspruchs ohne eine alsbaldige Feststellung, sei es auch nur zur Abwendung einer drohenden Verjährung, gefährdet sein könne.

Daß Stimmrechtsbindungsverträge der hier in Frage stehenden Art grundsätzlich zulässig sind, hat der Senat wiederholt ausgesprochen und in dem bereits erwähnten Urt. vom 7. Febr. 1936 dargelegt, daß hieran auch nach der geläuterten Rechtsauffassung der Gegenwart festzuhalten sei. Das Interesse der Gesellschaft und die Treupflicht des Aktionärs ihr gegenüber, die in neueren Entscheidungen gerade auch des erk. Sen. betont werde, werde zwar, so heißt es in jenem Urteil, im Einzelfalle eine sorgsame Nachprüfung dessen erfordern, ob eine Abstimmungsvereinbarung nach Gegenstand, Zweck und den mit ihr von den Beteiligten verfolgten weiteren Zielen im Hinblick auf die Belange der Gesellschaft rechtliche Geltung beanspruchen könne, ob insbesondere nicht eine damit erstrebte Durchsetzung rein eigensüchtiger, dem Unternehmen und der Minderheit abträglicher Ziele es gebiete, einem solchen Vertrag die Anerkennung zu versagen. Gerade durch Stimmrechtsbindungen der Aktionäre untereinander könne aber Ruhe und Stetigkeit der Verwaltung gesichert und Machtkämpfen der Aktionäre oder einzelner Gruppen vorgebeugt werden. Das rechtfertige die grundsätzliche Zulassung von Abstimmungsvereinbarungen, und zwar um so mehr, als ihre Verbindlichkeit ohnehin entfalle, wenn etwa im Hinblick auf eine nach den besonderen Umständen begründete Treupflicht des Aktionärs eine abweichende Stimmenabgabe im einzelnen Falle geboten sei. Von dieser Auffassung abzugehen, bieten auch die Rechtsgrundsätze keinen Anlaß, die in dem inzwischen erlassenen und in Kraft getretenen AktG. v. 30. Jan. 1937 Ausdruck gefunden haben. Die hier in den Vordergrund gerückte Eingliederung der Aktiengesellschaft in die Gesamtwirtschaft, ihre Ausgestaltung als Wahrerin wichtiger Teile des Volksvermögens und die sich daraus ergebende Verpflichtung zu einer dem gemeinen Nutzen förderlichen Wirtschaftsführung stehen den Stimmrechtsbindungen der Aktionäre nicht entgegen, solange deren Einhaltung der Erfüllung jener Aufgaben keinen Eintrag tut. — Dem BG. ist weiter beizupflichten, wenn es das Vorliegen von Umständen verneint, welche die beiden Verträge der Parteien von 1930 und 1933 als sittenwidrig und deshalb nichtig erscheinen lassen könnten (was näher ausgeführt wird).

Das BG. folgt für die rechtliche Einordnung der streitigen Verträge wiederum den Grundsätzen, die der erk. Sen. in seinem Urt. v. 7. Febr. 1936 entwickelt hat. Wenn dort der die Annahme einer Gesellschaft oder eines gesellschaftsähnlichen Verhältnisses rechtfertigende gemeinschaftliche Zweck hinsichtlich des Vertrags v. 30. Sept. 1930 in dem Willen der Vertragsparteien gefunden worden ist, gemeinsam die Verwaltung der Gesellschaft in die Hand zu nehmen und zur Erlangung und Erhaltung der Herrschaft in ihr die vertraglich gebundene Stimmenmacht möglichst einheitlich einzusetzen, auch durch Einräumung eines gegenseitigen vorzugsweisen Anbietungsrechts einen Erwerb von Aktien durch Außenseiter und damit eine Schwächung des eigenen Einflusses tunlichst zu verhindern, so gilt dies ebenso für den Vertrag v. 14. Febr. 1933, durch den die Machtstellung der Vertragschließenden innerhalb der Gesellschaft weiter gefestigt werden sollte. Auch hier erstrebten die Parteien durch die Vereinbarung einheitlicher Stimmenabgabe und gemeinsamen Vorgehens in Fragen der Geschäftsführung und Stellenbesetzung sowie der Verpflichtung zu gegenseitigem Anbieten zu verkaufender Aktien die Förderung eines gemeinschaftlichen, auf machtmäßige Beherrschung der Gesellschaft gerichteten Zwecks. Hält hiernach das BG. eine fristlose Lösung beider Verträge aus wichtigem Grunde nach § 723 Abs. 1 Satz 2 BGB. mit Recht für möglich, so ist ihm auch beizutreten, wenn es für das Vorliegen eines solchen entscheidend sein läßt, ob dem Kündigenden nach den gesamten Umständen des Falles die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses billigerweise zugemutet werden kann. Inwieweit dies nach den zur Rechtfertigung der Kündigung vorgebrachten Gründen der Fall ist, unterliegt im wesentlichen tatrichterlichem Ermessen. Die Entscheidung hierüber ist einer Nachprüfung im Revisionsverfahren nur insoweit zugänglich, als in Frage steht, ob das BG. den Begriff des wichtigen Grundes richtig erkannt und alle für die Ausübung seines Ermessens erheblichen sachlichen und persönlichen Umstände prozeßgerecht erörtert und erschöpfend gewürdigt hat. Der Rev. könnte mithin, wie sie auch nicht verkennt, nur dann ein Erfolg beschieden sein, wenn das BU. in dieser Hinsicht Anlaß zu Bedenken gäbe. (Wird näher ausgeführt.)

Soweit die Rev. noch geltend macht, für eine fristlose Kündigung sei kein Raum, so lange die Bekl. imstande gewesen seien, die Beendigung des ihnen lästig gewordenen Vertragsverhältnisses durch eine vertragsgemäße Kündigung herbeizuführen, ist ihr zuzugeben, daß es für das Vorliegen eines wichtigen Grundes i. S. des § 723 BGB. und die dabei aufzuwerfende Frage der Zumutbarkeit von Bedeutung sein kann, ob der Kündigende die Möglichkeit hatte, sich auf andere Weise als durch eine sofortige Kündigung den ihm nachteiligen Wirkungen des Vertrags zu entziehen. Aber der Gedanke, die fristlose Kündigung aus wichtigem Grunde sei ein Rechtsbehelf, der nur ergriffen werden könne, wenn ein

sonstiger, weniger einschneidender Ausweg zur Behebung aufgetretener Schwierigkeiten nicht offen stehe oder versagt habe, kann auf Stimmrechtsbindungsverträge der hier in Betracht kommenden Art doch nur beschränkte Anwendung finden. Mag, wie der erk. Sen. auf dem Gebiete der Personalhandelsgesellschaften wiederholt ausgesprochen hat (vgl. RGZ. 146, 169 = JW. 1935, 1559 [9]; RG.: JW. 1938, 2212 [28]) und wie nach herrschender Meinung auch für das Recht der Dienstverhältnisse zu beachten ist, ein wichtiger Grund zur sofortigen Lösung des Vertrags in der Regel nur angenommen werden können, wenn diese das einzige Mittel darstellt, um einen unhaltbar gewordenen Zustand zu beseitigen, so kommt doch für Stimmrechtsbindungsverträge in Betracht, daß diese infolge der mangelnden Erzwingbarkeit ihrer Erfüllung in besonderem Maße auf dem gegenseitigen Vertrauen der Beteiligten beruhen mit der Folge, daß eine Erschütterung dieses Vertrauens häufig genügen wird, um eine sofortige und völlige Lösung der eingegangenen Bindung als notwendig und ihre Aufrechterhaltung auch nur in abgewandelter oder eingeschränkter Form als unzumutbar erscheinen zu lassen. Gerade mit der losen, nur auf die Fortdauer des Vertrauens gegründeten Wirkung solcher Verträge würde es sich nicht vertragen, wollte man in jedem Falle ein Festhalten an ihnen bis zum letzten fordern.

2. Das BG. hat über den Antrag der Bekl. auf Zurückweisung des Beitritts des Streitgehilfen des Kl. nicht durch Zwischenurteil entschieden, sondern die die Nebenintervention zurückweisende Entscheidung in das Endurteil aufgenommen. Auch insoweit gilt nach herrschender Meinung, daß die Entscheidung gemäß § 71 Abs. 2 ZPO. nur mit dem Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde angefochten werden kann (vgl. RGZ. 38, 402; JW. 1904, 178; SeuffArch. 69, 289). Die Rev. des Streitgehilfen war deshalb als unzulässig zu verwerfen.

(RG., II. ZivSen., U. v. 1. Juli 1938, II 212/37.) [Ba.]

*

27. AG. — § 214 AktG. Der Vorstand einer Aktiengesellschaft, die wegen Einstellung ihres Geschäftsbetriebes und Fehlens von Aktivvermögen ohne vorangegangene förmliche Liquidation im Handelsregister gelöscht ist, ist weiter berechtigt, die Aktiengesellschaft gesetzlich zu vertreten.

Die Elektrizitätswerk S. Aktiengesellschaft in B. hat am 5. Nov. 1937 bei der Hinterlegungsstelle des AG. den Betrag von 200 RM unter Verzicht auf das Recht der Rücknahme hinterlegt. In dem Hinterlegungsantrage ist angeführt, daß die Summe die zur Rückzahlung fällige Stromsicherheit darstelle, die an die W. und N. A.-G. jedoch nicht zurückgezahlt werden könne, da die Firma im Handelsregister gelöscht sei.

Der BeschwF. verlangt die Auszahlung des hinterlegten Betrages mit folgender Begründung: Er sei der letzte Liquidator (Abwickler) der genannten Aktiengesellschaft gewesen. Zwar sei die Firma erloschen und im Handelsregister gelöscht worden. Trotzdem sei er berechtigt, die Aktiengesellschaft auch jetzt noch zu vertreten und den Betrag für sich in Empfang zu nehmen, denn sein Amt als Liquidator bestehe auch nach der Löschung fort. Er verweist in dieser Beziehung auf den Aufsatz von Marowski: JW. 1938, 11 f.

Die Hinterlegungsstelle ist diesen Ausführungen nicht gefolgt. Sie hat vielmehr auf die in § 302 Abs. 4 HGB. und § 214 Abs. 4 AktG. getroffene eindeutige Regelung verwiesen und den Nachweis gefordert, daß der BeschwF. gerichtlich erneut zum Liquidator (Abwickler) bestellt ist. Gegen dieses Verlangen der Hinterlegungsstelle richtet sich die Beschw., die erfolgreich war.

Die Beschw. hat der Mitaktionär und letzte Vorstand im eigenen Namen und nicht namens der Gesellschaft eingelegt.

Die von dem BeschwF. vertretene Gesellschaft ist am 26. Okt. 1934 im Handelsregister gelöscht worden, und zwar nicht etwa auf Grund des § 2 Ges. über die Auflösung und Löschung von Gesellschaften und Genossenschaften v. 9. Okt. 1934 (RGBl. I, 914) (im folgenden kurz LöschG.), sondern erkennbar auf Grund des in der Rspr. entwickelten Satzes, daß eine Kapitalgesellschaft, die ihren Geschäftsbetrieb dauernd eingestellt hat, beim Fehlen eines Aktivvermögens auch ohne Beschlußfassung über die Auflösung und ohne förmliche Liquidation im Handelsregister gelöscht werden kann (vgl. den grundlegenden Beschluß des KG.: JW. 1927, 1383 [1], bestätigt vom RG.: RGZ. 149, 296 = JW. 1936, 446 [8] m. Anm. und JW. 1937, 2281 [13]). Die Löschung hat in solchem Falle keineswegs die Wirkung, daß die Gesellschaft endgültig zum Erlöschen gebracht ist; sie enthält nur die Bekundung einer Tatsache. Stellt sich nachträglich heraus, daß noch Vermögen vorhanden ist, daß also das Registergericht von einer nicht zutreffenden Voraussetzung seinerzeit ausgegangen ist, dann muß auf Anregung der Löschungsvermerk im Handelsregister gemäß § 142 RFGG. von Amts wegen wieder gelöscht werden, und es ist dann davon auszugehen, daß die Gesellschaft noch besteht, zumal eine Auflösung durch Beschluß der GenVers. noch nicht erfolgt ist (vgl. KG. a. a. O.; RG. a. a. O. und Groschuff: JW. 1937, 2383 Anm. Ziff. 2). Da einer Löschung des Löschungsvermerkes im gegebenen Falle ebenfalls nur deklaratorische Bedeutung zukommt — auf sie kann sogar verzichtet werden (vgl. Schlegelberger-Quassowski, „Komm. zum AktG.", Anm. 22 zu § 214) —, lebt die Vertretungsbefugnis des früheren Vorstandes nicht mit ihr wieder auf oder entsteht nicht durch sie. Es wird vielmehr davon ausgegangen werden können, daß der BeschwF. nach wie vor gesetzlicher Vertreter der Aktiengesellschaft ist (vgl. ebenso RG.: JW. 1937, 2283 a. E. und Peus: JW. 1935, 1585 Anm. zu 25). Diese besteht — anders im Falle der Löschung auf Grund des § 2 LöschG. — trotz der deklaratorischen Eintragung der Löschung im Handelsregister noch fort. Denn die bei der Löschung als gegeben angenommene Voraussetzung lag, wie der vorl. Fall beweist, nicht vor. Ist aber der BeschwF. nach wie vor gesetzlicher Vertreter — und daß er als Organ der Gesellschaft nicht ausgeschieden ist, beweist seine Tätigkeit für sie —, dann kann er den Auszahlungsantrag stellen.

Bedenken ergeben sich nun nicht daraus, daß die Gesellschaft im Handelsregister gelöscht ist. Die Hinterlegungsstelle verweist für ihre Auffassung auf § 302 Abs. 4 HGB., der bestimmt, daß „auf Antrag eines Beteiligten" das Registergericht beim Auftauchen weiterer Vermögensgegenstände die bisherigen Liquidatoren neu zu bestellen oder neu zu berufen habe. Wenn auch dieser an eine vorangegangene Liquidation anknüpfende Tatbestand nicht gegeben ist, so dürfte doch der vorl. Fall des Erlöschens einer Gesellschaft ohne Beschlußfassung über die Auflösung und ohne Durchführung der Liquidation ihm gleichzusetzen sein. Dem BeschwF. nun aber anzuraten, als an der Verteilung des Vermögenswertes interessierter Aktionär den erforderlichen Antrag zu stellen, erscheint im gegebenen Falle überspitzt. Sobald nämlich der Löschungsvermerk gelöscht und die Kosten verursachende Bekanntmachung erfolgt, der hinterlegte Betrag alsdann erhoben und verteilt ist, würde die Aktiengesellschaft wieder vermögenslos werden und könnte nunmehr auf Grund des LöschG. erneut gelöscht werden. Bei dieser Sachlage dürfte es den Belangen aller Beteiligten mehr entsprechen, einen solchen Antrag von dem BeschwF. nicht zu fordern und in Übereinstimmung mit der überwiegenden Rspr. und Praxis ihn nach wie vor als legitimierten Vertreter anzusehen.

(AGPräs. Berlin, Beschl. v. 12. Febr. 1938, 3860 G II 5/38.)

Versicherungsvertragsgesetz

28. RG. — §§ 6 Abs. 2, 154 Abs. 2 VVG.; § 5 AllgHaftpflVersBed. Wenn und soweit der Haftpflichtversicherte den Anspruch des Verletzten gegen ihn als begründet erkennt, besteht für ihn keine Obliegenheit, den Versicherer, dem er bedingungsgemäß die Prozeßführung überlassen hat, bei der Abwehr des Anspruchs zu unterstützen.

Die Kl. war seit dem 12. Sept. 1933 bei der Bekl. gegen Haftpflicht versichert. Der Versicherungsschutz erstreckte sich „auf die gesetzliche Haftpflicht aus den im Versicherungsschein und seinen Nachträgen angegebenen Eigenschaften, Rechtsverhältnissen oder Tätigkeiten des Versicherungsnehmers (versichertes Risiko)"; der Inhalt des Vertrages bestimmte sich nach dem Versicherungsschein, seinen Beilagen (Antragsabschrift) und Nachträgen. In der dem Versicherungsschein beiliegenden Antragsabschrift ist als „Gegenstand des Betriebs" „Restauration" angegeben. Die Kl. war Pächterin des Gastwirtschaftsbetriebes „D." in E.

Am 19. Sept. 1935 wurde im Hof dieser Gastwirtschaft der Klempner G. von dem herabstürzenden Ast einer vom Sturm entwurzelten Ulme, an deren Beseitigung gearbeitet wurde, so an der rechten Hand getroffen, daß er seitdem arbeitsunfähig geblieben ist. Die Kl. zeigte den Unfall der Bekl. an. Diese lehnte die Gewährung des Versicherungsschutzes ab, weil der Unfall sich nicht in dem versicherten Betriebe der Kl. ereignet habe. Nach Schriftwechsel der Bekl. mit dem Anwalt des G. erklärte

die Bekl. mit Schreiben v. 23. Nov. 1935, sie „wolle es im vorl. Falle auf keinen Deckungsprozeß ankommen lassen und sei unter Wahrung des von ihr eingenommenen Standpunktes bereit, die Regulierung des Schadens vorzunehmen". Als mangels einer Einigung die Einreichung der Klage des G. bevorstand, verlangte die Bekl. von der Kl. Übersendung der Klageschrift. Der Prozeßbevollmächtigte des Kl. G. im Vorprozeß, RA. V., teilte darauf einen Auszug aus der Klage mit.

Die Kl. (im vorl. Rechtsstreite) selbst teilte der Bekl. weder eine Abschrift der im Vorprozeß am 28. Jan. 1936 zugestellten Klageschrift, noch den darauf vermerkten ersten Verhandlungstermin v. 10. Febr. 1936 mit. Eine Abschrift der Klageschrift hat die Bekl. am 12. Febr. 1936 durch RA. V. erhalten. Am 17. April 1936, welcher Termin der Bekl. nicht mitgeteilt worden war, ließen die Eheleute W. Versäumnisurteil gegen sich ergehen. Am 25. April 1936 beauftragte die Bekl. den RA. K., gegen das Versäumnisurteil Einspruch einzulegen, was dann auch geschehen ist. Den Ehemann der Kl. wies sie darauf hin, daß er durch die Unterlassung der Mitteilung von Terminsanberaumung und Ladung gegen § 5 AllgVersBed. verstoßen habe, und ersuchte ihn, ihr sämtliche in Zukunft ihm zugehenden Schriftstücke unverzüglich zu übermitteln, andernfalls der Versicherungsschutz entzogen werde, ferner dem RA. K. das Versäumnisurteil zu überreichen und ihm Vollmacht zu erteilen. Das ist dann auch geschehen. Am 30. April 1936 erklärte die Bekl. dem RA. K., der Ehemann der Kl. habe sich in Widersprüche verwickelt und wolle den Sachverhalt bewußt verschleiern. Als in dem Beweistermin v. 19. Juni 1936 der Ehemann der Kl. der Darstellung des Prozeßbevollmächtigten seiner Frau, der nunmehrigen Kl., zugunsten der Darstellung des verletzten Kl. im Vorprozeß, G., widersprach, und als am gleichen Tage die Kl. durch Teilurteil zur Zahlung von Schmerzensgeld an den Verletzten verurteilt wurde, entzog die Beklagte mit Schreiben v. 6. Aug. 1936 den Eheleuten W. den Versicherungsschutz; dabei teilte sie ihnen mit, daß sie gegen das Urt. v. 19. Juni 1936 noch auf ihre — der Bekl. — Kosten Berufung einlegen lassen werde, daß sie aber eine weitere Tätigkeit für die Eheleute W. nicht entfalten werde.

Am 11. Aug. 1936 erging dann in Sachen G. gegen die Eheleute W. ein weiteres Versäumnisurteil, das rechtskräftig wurde. Die Kl. wurde zu einer Rentenzahlung an G. verurteilt. Die gegen das vorerwähnte Teilurteil eingelegte Berufung wurde dann mangels Nachweises der Zahlung der Prozeßgebühr für die BerInst. als unzulässig verworfen.

Mit der vorl. Klage begehrt die Kl. von der Bekl., sie von allen Verpflichtungen freizustellen, die ihr dem G. gegenüber aus dessen Unfall v. 19. Sept. 1935 obliegen, die Kl. insbes. von den Verpflichtungen zu befreien, wie sie derselben laut den Urteilen des LG. E. v. 19. Juni 1936 und 11. Aug. 1936 und dem Kostenfestsetzungsbeschluß v. 21. Aug. 1936 auferlegt worden sind.

LG. und OLG. haben der Klage stattgegeben.

Die Rev. war erfolglos.

In der Rspr. des RG. steht seit langem fest, daß die Frage, ob der Versicherte dem Verletzten haftet, grundsätzlich in dem Rechtsstreit zwischen diesen Personen, nicht aber zwischen dem Versicherer und dem Versicherungsnehmer auszutragen ist, und daß es für die zwischen den beiden letztgenannten zu entscheidende Frage nur darauf ankommt, auf welchen Rechtsgrund der gegen den Versicherungsnehmer erhobene Anspruch gestützt wird, d. h., ob er von dem Verletzten mit einem unter den Schutzbereich des Versicherungsvertrages fallenden Rechtsverhältnis b e g r ü n d e t wird (vgl. die bei S c h a c k, „Deutsches Versicherungsrecht", 1938, S. 181 Nr. 44 angeführten Nachweise aus Rspr. und Schrifttum) [1]). Daß dies der Fall ist, hat der BerR. den im Vorprozesse ergangenen Urteilen im Zusammenhang mit dem substantiierten Vorbringen des dortigen Kl. ohne Rechtsirrtum entnommen; dagegen hat die Rev. auch keine Angriffe erhoben. Wenn der BerR. mit Rücksicht auf die Rspr. des RG., die sich mit der Einrede der Arglist gegen die Berufung auf die Rechtskraft von Urteilen befaßt, die Frage auch noch selbst geprüft hat, ob der Verletzte G. gegen die Kl. Ansprüche

[1]) RGR. Dr. S c h a c k, „Deutsches Versicherungsrecht" 1938, Verlag W. Moeser Buchhandlung, Leipzig

von der Art zu erheben berechtigt war, daß sie unter den von der Bekl. zu gewährenden Versicherungsschutz fielen, so kann sich die Bekl. keinesfalls dadurch beschwert fühlen. Diese Prüfung hat den Vorderrichter zu dem Ergebnis geführt, daß keine Umstände vorlagen, die es dem Versicherungsnehmer (Versicherten) aus dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben oder aus § 826 BGB. verwehrten, sich auf die Entscheidung des Vorprozesses zu berufen.

Danach kann es nur noch darauf ankommen, ob sich die Bekl. auf Vertragsbestimmungen berufen kann, wonach sie von der Verpflichtung zur Leistung frei wird, wenn eine Obliegenheit verletzt wird, die nach dem Eintritt des Versicherungsfalles ihr gegenüber zu erfüllen war, sofern nicht die Verletzung weder auf Vorsatz noch auf grober Fahrlässigkeit beruhte (§ 6 Abs. 2 und 3 VVG., § 6 AllgVersBed.). Auf solche Obliegenheitsverletzungen hat sich die Bekl. mehrfach berufen.

Dazu hat das BG. Erwägungen angestellt, denen sich folgendes als Kernpunkt entnehmen läßt:

Der Ehemann W. sei Repräsentant seiner Frau, der Versicherungsnehmerin und Versicherten, gewesen; sie habe daher für sein Verhalten, insbes. auch für Obliegenheitsverletzungen, die ihm zur Last fielen, einzustehen. Da diese Annahme des BG. zugunsten der RevKl. erfolgt ist, kann hier ungeprüft bleiben, ob sie rechtlich einwandfrei ist. Was nun die einzelnen von der Bekl. behaupteten Obliegenheitsverletzungen betrifft, so befaßt sich der BerR. mit ihnen eingehend; es kommt aber weder darauf an, ob solche Verletzungen überhaupt vorliegen, noch darauf, ob sie auf Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit beruhen und wie der BerR. hierzu die Beweislast beurteilt hat, soweit die Erwägung der BerR. durchgreift, die Bekl. habe durch Gewährung von Versicherungsschutz auf ihre etwaigen Rechte aus den ihr bis dahin bekannt gewordenen Obliegenheitsverletzungen verzichtet, oder diese Verletzungen verziehen, oder sie könne jedenfalls nicht mehr ohne Verletzung der Grundsätze von Treu und Glauben darauf zurückkommen.

Das hat der Vorderrichter angenommen; wenn er sich abwechselnd der vorgenannten Wendungen bedient, so hat er doch offensichtlich immer den gleichen rechtlichen Grundgedanken im Auge gehabt. Er nimmt dabei zugunsten der Bekl. an, die Bekl. habe den Versicherungsschutz i. S. des § 1 AllgVersBed. erst gewährt, als sie den RA. K. zum Prozeßbevollmächtigten bestellte und „aktiv in den Vorprozeß eingriff". Dabei habe sie in keiner Weise zu erkennen gegeben, daß sie sich auf vorher begangene und ihr bekannt gewordene Obliegenheitsverletzungen überhaupt noch berufen wolle. Wenn der BerR. daraus die Rechtsfolge herleitet, die Bekl. könne sich hiernach nicht mehr ohne Verstoß gegen Treu und Glauben auf die ihr bei Gewährung des Versicherungsschutzes bekannten Obliegenheitsverletzungen berufen, so ist das aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

Dann kann es sich aber nur noch um Obliegenheitsverletzungen handeln, die erst nach der Rechtsschutzgewährung erfolgt oder der Bekl. erst nachher bekannt geworden sein sollen, auf welche deshalb die vorgenannten Erwägungen des Vorderrichters nicht zutreffen. Als solche kommt zunächst das Verhalten des Mannes der Kl. im Beweistermin des Vorprozesses vom 19. Juni 1936 in Betracht. In diesem Termin hat der Mann der Kl., die in jenem Prozeß als Bekl. von RA. K. vertreten wurde, dem Sachvortrag dieses Prozeßbevollmächtigten über den Unfallshergang dahin widersprochen, daß er die Schilderung des (dortigen) Kl. G. für zutreffend oder doch für möglich erklärte. Nun nimmt aber der BerR. an, daß jene Schilderung des (damaligen) Kl. G. über das Herabkommen des Astes tatsächlich zutreffe; er meint, wenn sich der Ehemann W. dieses Herganges erinnert habe, so sei er gemäß § 138 Abs. 1 ZPO. verpflichtet gewesen, das zu sagen. Der Vortrag der Wahrheit, auch im Gegensatz zum eigenen Prozeßbevollmächtigten, sei keineswegs mit Treu und Glauben unvereinbar.

Dem ist beizutreten. Die Rev. würde irren, wenn ihre Ausführungen dahin zu verstehen wären, daß der Versicherungsnehmer (oder Versicherte) den Versicherer bei der Abwehr von Schadensersatzansprüchen auch dann zu unterstützen habe, wenn und soweit er selbst diese Ansprüche als begründet erkannt hat. Eine solche Pflicht ergibt sich keineswegs aus den hier einschlägigen AllgVersBed., sie wäre auch ebenso unvereinbar mit der

Wahrheitspflicht der Partei/wie mit Treu und Glauben und guter Sitte überhaupt. Der Versicherer ist zur Abwehr unbegründeter, zur Erfüllung begründeter Ansprüche dem Versicherungsnehmer verpflichtet. Darnach bemessen sich die dem letzteren obliegenden Pflichten. Das ist der Sinn der Rspr. des erk. Sen. zu § 154 Abs. 2 VVG. (vgl. die Nachweise über diese Rspr. bei Schack a. a. O. S. 186 Nr. 65—72).

Als Obliegenheitsverletzung, deren Folgen aus § 6 Abs. 2 VVG. mit § 6 AllgVersBed. durch die nachträgliche Gewährung von Versicherungsschutz in Kenntnis der erfolgten Obliegenheitsverletzung nicht beseitigt ist, kommt weiter in Betracht die behauptete mangelhafte Bezeichnung der Zeugen des Unfallsvorgangs den Beamten der Bekl. gegenüber und überhaupt eine mangelhafte oder sogar falsche Darstellung über den Unfallshergang seitens des Mannes der Kl. und dieser selbst sowohl gegenüber diesen Beamten, als auch in dem Schreiben des Mannes v. 7. April 1936. Insoweit beruft sich die Bekl. darauf, daß sie den wahren Sachverhalt erst nachträglich erfahren habe.

Der BerR. vermag nicht festzustellen, daß die Kl. oder ihr Mann aus grober Fahrlässigkeit oder gar vorsätzlich falsche Angaben gemacht oder richtige unterlassen hätten; der Vorderrichter „vermag allenfalls eine leichte Fahrlässigkeit der Kl. bzw. des Ehemanns anzunehmen", nicht jedoch eine grobfahrlässige oder gar vorsätzliche Obliegenheitsverletzung.

Der BerR. stellt hierbei nicht, wie die Rev. meint, auf die Verteilung der Beweislast ab. Er untersucht vielmehr und prüft alles, was darüber vorliegt, die Art der erfolgten Angaben, die Zuverlässigkeit ihrer Wiedergabe durch die Zeugen, den durch ärztliche Bescheinigungen als erwiesen anzusehenden krankhaften Zustand des Mannes; danach kommt er zu dem Ergebnis, grobe Fahrlässigkeit sei nicht erwiesen, es könne unter solchen Umständen allenfalls eine leichte Fahrlässigkeit in Frage kommen. Das ist trotz der stellenweise mißverständlichen Ausdrucksweise Beweiswürdigung, kein Abstellen auf die Beweislast. Ein Rechtsfehler fällt dem BG. insoweit nicht zur Last.

Die Bekl. hat also, wie der BerR. annimmt, zu Unrecht der Kl. mit Schreiben v. 6. Aug. 1936 den Versicherungsschutz entzogen. Sie hat zwar laut ihrem Schreiben v. 6. Aug. 1936 den Eheleuten W. mitgeteilt, sie werde gegen das Urteil des LG. E. v. 19. Juni 1936 noch die Berufung einlegen lassen, „womit die rechtlichen Belange der Eheleute W. gegenüber dem Kl. G. im Augenblick in jeder Weise gewahrt seien". Sie hat jedoch beigefügt, daß eine weitere Wahrnehmung der Interessen der Eheleute W. durch sie, die Bekl., nicht mehr in Frage komme, was sie „hiermit ausdrücklich feststelle". Unter diesen Umständen kann der Rev. nicht zugestimmt werden, wenn sie meint, die Kl. hätte sich von RA. B. im Armenrecht weiter vertreten lassen müssen. Eine solche Pflicht entfällt schon aus dem Grunde, weil nicht ersichtlich ist, daß es sich dabei noch um eine Abwehr unbegründeter Ansprüche hätte handeln können.

(RG., VII. ZivSen., U. v. 30. Aug. 1938, VII 72/38.)

*

29. RG. — § 184 VVG. Nach feststehender Rspr. ist das Schiedsgutachten eines Ärzteausschusses nach § 184 VVG. unverbindlich, wenn die Feststellungen des Gutachtens zur Zeit ihrer Vornahme von der wirklichen Sachlage erheblich abwichen und dies einem Sachverständigen bei unparteiischer und gewissenhafter Prüfung deutlich erkennbar war.

Zur Begründung seiner Auffassung, daß das Gutachten des Ärzteausschusses von der wirklichen Sachlage offenbar erheblich abweiche, hat der Kl. geltend gemacht, er habe bei dem Unfall eine organische Gehirnschädigung erlitten, die die alleinige Ursache seiner seit dem Unfall bestehenden vollen Erwerbsunfähigkeit sei. Dieser Sachverhalt sei von dem Ärzteausschuß verkannt worden, weil unter seinen Mitgliedern ein Facharzt für organische Gehirnerkrankungen sich nicht befunden habe und deshalb eine sachgemäße Prüfung in dieser Richtung unterblieben sei. Für die Richtigkeit seiner Behauptungen hat sich der Kl. berufen auf ein Gutachten der Reichsärztekommission und auf die sachverständigen Zeugnisse der Fachärzte Prof. Dr. F. und Dr. G., von denen er vor und nach dem Gutachten des Ärzteausschusses behandelt worden sei. Diese hätten die Hirnverletzung als Ursache seiner Erwerbsunfähigkeit festgestellt.

Das BG. erachtet dieses Vorbringen unter dem Gesichtspunkt des § 184 VVG. für unzureichend. Der Kl. habe, um die Unverbindlichkeit des Gutachtens zu begründen, darzulegen, daß jeder Sachkundige beim Einblick in den den Schiedsgutachtern damals erkennbaren Sachverhalt ohne weiteres klar hätte ersehen können, daß dessen Beurteilung durch die Schiedsgutachter in entsprechenden Punkten unrichtig sei. Die allgemeine Berufung auf andere ärztliche Gutachten genüge dazu nicht. Wenn das Gericht einem solchen Beweisantrag stattgeben müßte, könne der Zweck des Schiedsgutachterverfahrens in jedem Falle vereitelt werden. Ein Anlaß zur Nachprüfung bestehe nur dann, wenn eine Partei näher darlegen könne, daß das Gutachten in bestimmten einzelnen Punkten von der Sachlage erheblich und offenbar abgewichen sei. Soweit der Kl. das versucht habe, könnten seine Bemängelungen bei Berücksichtigung der gesamten Sachlage und des Inhalts aller beigebrachten Gutachten, namentlich aber auch im Hinblick auf die Persönlichkeit der als Fachärzte anerkannten Schiedsgutachter nicht ausreichen. Wenn der Kl. vorbringe, diese Ärzte seien nicht Fachärzte für organische Gehirnleiden, so stehe dem entgegen, daß sie eine weitere Aufklärung durch einen solchen Facharzt nicht für nötig gehalten hätten, daß ferner der Ausschuß ordnungsmäßig berufen worden sei, daß der Kl. selbst einen der drei Schiedsgutachter bestellt und daß schließlich der Ausschuß die Feststellungen des vom Kl. als Facharzt bezeichneten Dr. G. berücksichtigt habe.

Diese Erwägungen halten der rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Nach feststehender Rspr. ist das Schiedsgutachten eines Ärzteausschusses nach § 184 VVG. unverbindlich, wenn die Feststellungen des Gutachtens zur Zeit ihrer Vornahme von der wirklichen Sachlage erheblich abgewichen und dies einem Sachverständigen bei unparteiischer und gewissenhafter Prüfung deutlich erkennbar war (RGZ. 96, 62; RG., VII. ZivSen.: JurRdschPrVers. 1928, 369; 1932, 7; WarnRspr. 1935 Nr. 87). Diese Voraussetzungen behauptet der Kl. als vorliegend, indem er geltend macht, der Ärzteausschuß habe die eigentliche Ursache seiner Erwerbsunfähigkeit, ein durch den Unfall hervorgehobenes organisches Gehirnleiden, verkannt, weil ihm auf diesem Gebiet die besonderen Fachkenntnisse gefehlt hätten und deshalb eine kunstgerechte Untersuchung, die das Leiden in seiner ganzen Bedeutung aufgezeigt haben würde, nicht stattgefunden habe. Es handelt sich dabei nicht, wie der BerR. annimmt, um die unzureichende, ganz allgemeine Behauptung, daß das Schiedsgutachten von der wirklichen Sachlage erheblich und offenbar abweiche. Der Kl. greift vielmehr die entscheidende Feststellung des Gutachtens, daß ein organisches Gehirnleiden nicht mehr festzustellen sei, in bestimmter und die Ursache dieses angeblichen Fehlers aufzeigender Weise an. Er erbietet auch Beweis dafür, daß die Gehirnverletzung als Ursache seines leidenden Zustandes durch sachkundige Untersuchung festgestellt sei. Die Gründe, aus denen der BerR. die Tatsache, daß die Mitglieder des Ausschusses nicht Fachärzte für organische Gehirnleiden gewesen seien, für unerheblich erachtet, sind demgegenüber nicht stichhaltig. Es soll und kann gerade die Folge dieses Umstandes gewesen sein, daß eine weitere Aufklärung zu Unrecht nicht für nötig befunden worden ist. Die ordnungsmäßige Berufung des Ausschusses kann der Geltendmachung seiner Unzulänglichkeit unter dem Gesichtspunkt des § 184 VVG. ebensowenig entgegenstehen wie der Umstand, daß der Kl. einen nicht besonders geeigneten Facharzt als Schiedsgutachter berufen hat. Ob die Berücksichtigung des Gutachtens des Facharztes Dr. G. die von dem Kl. vermißte Prüfung zu ersetzen vermochte, konnte das BG. von sich aus ohne fachkundige Beratung nicht beurteilen. Das BG. hätte sich daher der Nachprüfung der vom Kl. schlüssig behaupteten und unter Beweis gestellten Unrichtigkeit des Schiedsgutachtens durch Erhebung der erbotenen Beweise nicht entziehen dürfen. — Demgemäß hob das RG. das BU. auf und verwies zurück.

(RG., VII. ZivSen., U. v. 7. Juli 1938, VII 11/38.) [Ba.]

Filmkammergesetz

30. RG. — § 3 FilmkammerG. v. 14. Juli 1933; §§ 3, 6 VO. über die Errichtung einer vorl. Filmkammer v. 22. Juli 1933; §§ 117, 134 BGB. Wird in einem Gesellschaftsvertrag zum gemeinsamen Betriebe eines Lichtspieltheaters eine dazu nicht befugte Person zum Mitgeschäftsführer bestellt, so ist der Gesellschaftsvertrag wegen Verstoßes gegen § 3 FilmkammerG. nichtig.

Der Bekl. hat in der Zwangsversteigerung ein Grundstück erworben, auf dem seit Jahren ein Lichtspieltheater, das H.-Theater, betrieben wurde. Nach dem Erwerb des Grundstücks beantragte er bei dem Präsidenten der Reichsfilmkammer, ihm die Genehmigung zum Betriebe des H.-Theaters zu erteilen und ihn in die Reichsfilmkammer aufzunehmen. Der Präsident der Reichsfilmkammer lehnte den Antrag unter dem 26. Febr. 1935 mit der Begründung ab, daß nach seiner Anordnung v. 4. Nov. 1934 ein Filmtheater nur betreiben dürfe, wer das Vorführerzeugnis besitze, und daß das bei dem Bekl. nicht der Fall sei. Der Bekl. trat darauf mit dem Kl. in Verbindung, der seit dem Jahre 1925 Hauptgesellschafter und Leiter eines anderen Lichtspieltheaters am gleichen Orte ist. Die Parteien schlossen am 23. April 1935 zwei Verträge. In dem ersten Vertrage verpachtete der Bekl. das H.-Theater auf zehn Jahre an den Kl. Der Kl. verpflichtete sich, den Bekl. in dem Betriebe des H.-Theaters als Volontär zu beschäftigen. In dem gleich danach geschlossenen zweiten Vertrage vereinigten die Parteien sich für den Betrieb des H.-Theaters zu einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts. Die Geschäftsführung sollte nach § 4 dieses Vertrages beiden Parteien gleichmäßig zustehen. Der Bekl. wurde mit Wirkung vom 1. Jan. 1936 als Mitglied in die Reichsfilmkammer aufgenommen. Im Laufe der Geschäftsverbindung entstand unter den Parteien Streit wegen der Verteilung der Filme, in Verfolg dessen der Bekl. die vertraglichen Beziehungen der Parteien mit sofortiger Wirkung kündigte. Der Kl. will die Kündigung der Verträge durch den Bekl. nicht als berechtigt anerkennen.

Das BG. ist davon ausgegangen, daß der Pachtvertrag als Scheinvertrag nach § 117 BGB. nichtig sei, und daß der Gesellschaftsvertrag wenigstens zunächst nach § 134 BGB. wegen eines Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot nichtig gewesen, aber nach §§ 308, 309 BGB. durch die Aufnahme des Bekl. in die Reichsfilmkammer mit Wirkung v. 1. Jan. 1936 an rechtsgültig geworden sei.

Die Rev. des Kl. rügt die Verletzung der §§ 117, 134 BGB. Im einzelnen führt die Rev. aus:

1. Das BG. habe zu Unrecht angenommen, daß der Pachtvertrag nach § 117 BGB. nichtig sei. Der Pachtvertrag und der Gesellschaftsvertrag müßten im Zusammenhange miteinander gewürdigt und verstanden werden. Das BG. habe nicht untersucht, ob beide Verträge, zusammen betrachtet, ein verdecktes Rechtsgeschäft i. S. des § 117 BGB. dahin enthielten, daß der Pachtvertrag bis zur Aufnahme des Bekl. in die Reichsfilmkammer habe gelten sollen und von da an der Gesellschaftsvertrag.

Der Angriff der Rev. ist nicht begründet. Ein verdecktes Rechtsgeschäft i. S. des § 117 Abs. 2 BGB. ist ein solches, das sich in der von den Parteien gewählten Rechtsform nicht mit ihrem wirklichen Willen deckt, aber bestimmt ist, ein anderes wirklich gewolltes Rechtsgeschäft zu verdecken. In diesem Falle soll nach § 117 Abs. 2 BGB. das verdeckte Rechtsgeschäft gelten. Wenn der Pachtvertrag bis zur Aufnahme des Bekl. in die Reichsfilmkammer und von da der Gesellschaftsvertrag gelten sollte, so liegt ein verdecktes Rechtsgeschäft nicht vor. Im übrigen hat das BG. eine Auslegung der Verträge in diesem Sinne ohne einen erkennbaren Verstoß gegen eine sachlich-rechtliche oder verfahrensrechtliche Vorschrift abgelehnt. Da ein gleichzeitiges Nebeneinanderbestehen der beiden Verträge unmöglich von den Parteien gewollt sein kann, so muß einer von ihnen notwendig zum Schein geschlossen sein. Die Parteien wollten die Schwierigkeit vermeiden, die darin lag, daß der Bekl. ein Lichtspieltheater nicht betreiben durfte. Der Scheinvertrag ist somit der Pachtvertrag. Da der Kl. selbst vorgetragen hat, daß der Pachtvertrag von der Aufnahme des Bekl. in die Reichsfilmkammer, d. h. v. 1. Jan. 1936 an, nicht mehr habe gelten sollen, sondern allein der Gesellschaftsvertrag, so ist er auch durch die Feststellung der Nichtigkeit des Pachtvertrages nicht beschwert.

2. Die Rev. bezeichnet die Auffassung des BG. als rechtsirrig, daß der Gesellschaftsvertrag gemäß § 134 BGB. wegen eines Verstoßes gegen das Ges. v. 14. Juli 1933 und die VO. v. 22. Juli 1933 bis zur Aufnahme des Bekl. in die Reichsfilmkammer nichtig gewesen sei.

Dazu ist zunächst zu bemerken, daß die Annahme des BG., der Gesellschaftsvertrag sei bis 1. Jan. 1936 nach § 134 BGB. nichtig gewesen, für die Abweisung der Klage auf Feststellung, daß der Bekl. verpflichtet sei, die Verträge für die Zeit nach der Kündigung zu erfüllen, ohne Bedeutung gewesen ist. Die Auffassung des BG. läßt aber auch insoweit keinen Rechtsirrtum erkennen. Nach § 3 des Ges. über die Errichtung einer vorläufigen Filmkammer v. 14. Juli 1933 (RGBl. I, 483) muß der Filmkammer (nach § 5 ReichskulturkammerG. v. 22. Sept. 1933 [RGBl. I, 661] der Reichsfilmkammer) angehören, wer gewerbsmäßig Bildstreifen aufführt. Nach § 6 VO. über die Errichtung einer vorläufigen Filmkammer vom 22. Juli 1933 (RGBl. I, 531) erlangt durch die Aufnahme in die Reichsfilmkammer der Aufgenommene die Befugnis, sich innerhalb des Reichsgebiets auf dem Gebiet des Filmgewerbes zu betätigen. Im § 3 d VO. ist die Filmvorführung (Lichtspieltheaterbetrieb) als Berufsgruppe des Filmgewerbes ausdrücklich aufgeführt. Da der Präsident der Reichsfilmkammer die Aufnahme des Bekl. durch den Bescheid v. 26. Febr. 1935 abgelehnt hatte, fehlte dem Bekl. die Befugnis, ein Lichtspieltheater zu betreiben. Im § 4 des Gesellschaftsvertrages war aber ausdrücklich bestimmt, daß die Geschäftsführung in den Händen des Kl. und des Bekl. zu gleichen Anteilen und mit gleicher Berechtigung gemeinsam ohne Rücksicht auf die Gewinnbeteiligung liegen sollte. Dasselbe gilt nach § 714 BGB. für die Vertretung der Gesellschaft Dritten gegenüber. In dem Gesellschaftsvertrage war somit vorgesehen, daß der Bekl. das H.-Theater gemeinsam mit dem Kl. betreiben und sich, ohne in die Reichsfilmkammer aufgenommen zu sein, auf dem Gebiet des Filmgewerbes betätigen sollte. Der Gesellschaftsvertrag verstieß daher, solange der Bekl. noch nicht in die Reichsfilmkammer aufgenommen war, gegen ein gesetzliches Verbot und war nach § 134 BGB. nichtig, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt. Mit dem FilmkammerG. soll nach seiner Begründung erreicht werden, alle am deutschen Film Schaffenden einheitlich zusammenzufassen und nur denjenigen auf diesem wichtigen kulturellen Gebiet wirken zu lassen, dessen Geeignetheit und Zuverlässigkeit sowohl in persönlicher wie in wirtschaftlicher Hinsicht feststeht und ihn befähigt, sich auf diesem Kulturgebiet zu betätigen. Die Zugehörigkeit zur Reichsfilmkammer soll für die Zukunft Pflicht und Voraussetzung für das Schaffen am deutschen Film sein und alle Berufsgruppen des Filmgewerbes, insbesondere auch die Filmvorführung (Lichtspieltheater) umfassen. Nur wer der Reichsfilmkammer angehört, soll künftig ein Lichtspieltheater halten dürfen. Der Zweck des FilmkammerG. geht somit dahin, Personen, die der Reichsfilmkammer nicht angehören, die Betätigung auf dem Gebiete des Filmgewerbes und damit auch den Betrieb von Lichtspieltheatern unmöglich zu machen. Das FilmkammerG. kann deshalb unter Berücksichtigung seines gesetzgeberischen Grundes nicht dahin ausgelegt werden, daß ein Gesellschaftsvertrag zum gemeinsamen Betriebe eines Lichtspieltheaters, in dem eine dazu nicht befugte Person zum Mitgeschäftsführer bestellt ist, trotz des Verbotes in § 3 rechtswirksam sein soll. Die Tatsache, daß der Gesellschaftsvertrag Anfang 1936 dem Verbande und im April 1936 der Reichsfilmkammer vorgelegt ist, ohne daß diese Stellen Beanstandungen erhoben haben, vermag an dieser rechtlichen Beurteilung nichts zu ändern, um so weniger, als der Bekl. unstreitig mit Wirkung v. 1. Jan. 1936 als Mitglied in die Reichsfilmkammer aufgenommen worden ist.

Die Annahme des BG., daß der Gesellschaftsvertrag nach §§ 308, 309 BGB. v. 1. Jan. 1936 an wirksam geworden

sei, wird von der Rev. nicht beanstandet und der Kl. ist dadurch auch nicht beschwert. Die Begründung, die das BG. für seine Ansicht gegeben hat, ist aber insofern nicht unbedenklich, als es sich in den §§ 308 und 309 BGB. nicht um einen Fall der sog. Konvaleszenz oder um die Heilung der Nichtigkeit durch nachträglichen Eintritt der Möglichkeit der Leistung oder durch die nachträgliche Aufhebung des gesetzlichen Verbots handelt. Der Sinn des § 309 BGB. ist vielmehr, daß ein Verstoß gegen ein Verbotsgesetz nicht vorliegt und der Vertrag deshalb von vornherein rechtsgültig ist, wenn er nicht auf eine Umgehung des Verbots gerichtet, sondern für den Fall der späteren Aufhebung des Verbotes abgeschlossen ist. Eine solche Auslegung hat das BG. in seinen Darlegungen über die Scheinnatur des Pachtvertrages ausdrücklich abgelehnt und ausgeführt, daß der Gesellschaftsvertrag von Anfang an habe gelten sollen. Der Gesellschaftsvertrag war danach nichtig und konnte durch die spätere Erteilung der Erlaubnis nicht wirksam werden. Die Parteien haben die Gesellschaft aber nach der Aufnahme des Bekl. in die Reichsfilmkammer nach Maßgabe des Gesellschaftsvertrages vom 23. April 1935, auf dessen Bestimmungen sie sich auch in der Folgezeit berufen haben, fortgesetzt. Sie haben dadurch zu erkennen gegeben, daß sie an den Gesellschaftsvertrag gebunden sein wollten. Den Parteien war bekannt, daß gegen den Gesellschaftsvertrag, solange der Bekl. noch nicht in die Reichsfilmkammer aufgenommen war, wegen des FilmkammerG. und der VO. v. 22. Juli 1933 erhebliche rechtliche Bedenken bestanden. Sie haben gerade deswegen nach den Feststellungen des BG. neben dem Gesellschaftsvertrag noch einen besonderen Scheinvertrag, den Pachtvertrag, geschlossen. Sie rechneten deshalb damit, daß der Gesellschaftsvertrag wegen eines Verstoßes gegen gesetzliche Bestimmungen zunächst nicht rechtswirksam zustande gekommen war. Dadurch, daß die Parteien dennoch die Gesellschaft nach Fortfall des Nichtigkeitsgrundes unter den bisherigen Bedingungen fortsetzten, haben sie den Gesellschaftsvertrag, zum mindesten durch schlüssiges Verhalten, erneut abgeschlossen oder i. S. des § 141 BGB. bestätigt. Dem BG. ist daher, wenn auch mit anderer Begründung, im Ergebnis darin beizutreten, daß nach der Aufnahme des Bekl. in die Reichsfilmkammer zwischen den Parteien rechtswirksam ein Gesellschaftsverhältnis entstanden ist, für das die gesellschaftlichen Bestimmungen des Abkommens v. 23. April 1935 maßgebend sind.

(RG., II. ZivSen., U. v. 20. Juli 1938, II 29/38.) [Ba.]

Beamtenrecht

**** 31. RG. — 1. § 2 PreußG. v. 24. Mai 1861. Klagt der Kl. zunächst nur auf Wartegeld, später — auch nur hilfsweise — auf Gehalt, so ist hierzu wiederum ein Vorbescheid erforderlich.**

2. PreußVO. v. 26. Febr. 1919; § 8 PrBDStrO. v. 27. Jan. 1932. Die Versetzung eines Preußischen Landrates in den einstweiligen Ruhestand, die durch ein zugestelltes Schreiben des RegPräs. dem Betroffenen eröffnet worden ist, ist diesem gegenüber wirksam bekannt gemacht.

3. §§ 119, 121 BGB. Wirksamkeit eines Antrags auf Dienstentlassung. Bei einem solchen kann ein Irrtum nur in den Grenzen des § 119 BGB. berücksichtigt werden. Außerdem muß der Irrtum gemäß § 121 Abs. 1 BGB. unverzüglich geltend gemacht werden.

4. Erlaß des PrMinPräs. über Beamtenernennungen vom 17. Juli 1933; § 94 II 10 PrALR. Die vom PrMdJ. im Namen des PrMinPräs. ausgesprochene Dienstentlassung eines Landrates i. e. R. ist wirksam erfolgt.

Ein Beschluß des Preuß. Staatsmin. (Kommissare des Reichs) v. 6. April 1933 ordnete auf Grund des § 3 PrVO. betr. die einstweilige Versetzung der unmittelbaren Staatsbeamten in den Ruhestand v. 26. Febr. 1919 (GS. 33) die Versetzung des Kl., eines preuß. Landrats, in den einstweiligen Ruhestand unter Gewährung des gesetzlichen Wartegeldes an. Dies wurde dem Kl. durch ein Schreiben des RegPräs. vom 7. April 1933, ihm zugestellt am 11. April 1933, bekanntgemacht; infolge eines Versehens bezeichnete das Schreiben die VO. als solche v. 26. „März" 1919. Am 30. Mai 1933 wurde gegen ihn das Dienststrafverfahren eröffnet. In diesem richtete RA. A. für den Kl. eine Schutzschrift v. 15. Juni 1933 an den PrMdJ. Sie schließt, nachdem sie zu den Beschuldigungen, die gegen den Kl. erhoben worden waren, in tatsächlicher Hinsicht eingehend Stellung genommen hat, folgendermaßen: Aus diesen gesamten Ausführungen geht zweifelsfrei hervor, daß sich der Kl. in keinem Punkte eines Dienstvergehens schuldig gemacht hat. Ich beantrage, den Beschluß des PrMdJ. v. 30. Mai 1933 aufzuheben und das Verfahren einzustellen. Sodann darf ich gleichzeitig die Bitte aussprechen: den Kl. unter Verzicht auf Pensionsansprüche aus dem Staatsdienst entlassen zu wollen. Ich bin bevollmächtigt, zu erklären, daß der Kl. unter der Voraussetzung, daß er aus dem Staatsdienst entlassen wird, auf seine Pensionsansprüche verzichtet.

Unter dem 11. Juli 1933 erklärte der Kl. auf Verlangen des RegPräs. weiter den Verzicht auf die Führung des Titels; unter dem 4. Aug. 1933 gab er auf ferneres Verlangen derselben Stelle eine notariell beglaubigte Erklärung ab, in der er auf jeden Anspruch an Gehalt, Wartegeld und Hinterbliebenenbezügen verzichtete. Durch Erlaß v. 24. Juni 1933 wurde dem Kl. „die nachgesuchte Entlassung aus dem Staatsdienst erteilt". Der Erlaß ist mit dem Stempel des PrMdJ. versehen und unterfertigt: Namens der PrMinPräs. Der PrMdJ. in Vertretung: (gez.) . . . Diese Urkunde wurde dem Kl. am 10. Aug. 1933 mit einem Schreiben des RegPräs. v. 9. Aug. 1933 zugestellt, in dem es hieß: Der PrMdJ. hat Ihnen die nachgesuchte Entlassung aus dem Staatsdienst mit dem Ablauf des Tages, an dem Ihnen der anliegende Abschied zugestellt sein wird, erteilt. Am 24. Aug. 1933 wurde das Dienststrafverfahren eingestellt.

Unter dem 21. Nov. 1934 richtete der Kl. an den PrMdJ. eine Eingabe, in der er erklärte, er habe mit den Anträgen der Schutzschrift v. 15. Juni 1936 nicht das Ziel verfolgt, „das Dienststrafverfahren durch Amtsniederlegung beenden zu wollen", sondern habe erst entlassen werden wollen, nachdem das Dienststrafverfahren auf Grund der von ihm gegebenen Aufklärungen eingestellt sein würde. Die Eingabe schließt: Meine gestellten Anträge sind also nicht nach der Reihenfolge behandelt. Durch diesen von mir nicht gewollten Erfolg meiner Eingabe v. 15. Juni 1933 habe ich beim Wiederaufbau meiner Existenz Schwierigkeiten gehabt, die mich in eine wirtschaftliche Notlage brachten. Ich ziehe daher meinen Antrag auf Entlassung aus dem Staatsdienst zurück und widerrufe die damit zusammenhängenden Erklärungen. Auf die Eingabe erwiderte der R.- und PrMdJ. durch Erlaß v. 30. Dez. 1936, daß „die Entlassung ordnungsmäßig durch ihn ‚namens des Herrn Preuß. MinPräs.' erfolgt sei und weitere Eingaben zwecklos seien."

Die Klage ist im April 1937 erhoben. Sie blieb in allen drei Rechtszügen erfolglos.

1. Der Kl. macht einen vermögensrechtlichen Anspruch aus dem Beamtenverhältnis geltend, in das er zu dem beklagten Lande getreten ist und das nach seiner Meinung noch nicht beendet ist. Der Betrag, den er verlangt, würde sich als Wartegeld darstellen, wenn — entsprechend den zunächst vom Kl. vertretenen Auffassungen — die Versetzung in den Wartestand wirksam, aber die Dienstentlassung unwirksam wäre, hingegen als Gehalt, wenn — gemäß dem Vortrag des Kl. im zweiten Rechtszuge — auch jene der rechtlichen Wirksamkeit ermangelte. Es handelt sich hiernach bei dem späteren Vorbringen nicht darum, daß nur eine neue Rechtsfolge aus einem dem Gericht schon unterbreiteten Sachverhalt gezogen würde, sondern es liegt ein zwar einheitliches Klagebegehren vor, dem aber gemäß dem Streitstand in seiner schließlichen Ausgestaltung von dem Kl. verschiedene Begründungen gegeben werden. Daß es sich um eine zweifache Klagegrundlage handelt, wirkt sich dahin aus, daß für jede die Zulässigkeit des Rechtsweges gesondert zu prüfen ist.

Nach den Vorschriften, auf die das BG. zutreffend hinweist, ist für Ansprüche der Beamten auf ihre Dienstbezüge der Rechtsweg grundsätzlich eröffnet, aber in der Weise be-

schränkt, daß ein Vorbescheid der obersten Verwaltungsbehörde eingeholt werden muß und daß die Klage binnen einer Frist von sechs Monaten nach Bekanntgabe des ablehnenden Bescheides zu erheben ist. Wenn das BG. den Vorbescheid in dem Erlaß des R.- u. PrMdJ. v. 27. Mai 1937 gefunden und demgemäß auch die Wahrung der Frist angenommen hat, so ergibt sich das als zutreffend, soweit es sich um die ursprüngliche Begründung des nach dieser auf Wartegeld gerichteten Anspruchs handelt. Zwar muß der Vorbescheid i. S. des § 2 PrGes. betr. die Erweiterung des Rechtsweges v. 24. Mai 1861 (GS. 241) eine an den Beamten gerichtete Entscheidung des „Verwaltungschefs" sein. Aber nach Lage der Sache konnte das BG. davon ausgehen, daß die Mitteilung des Erlasses durch den Bekl. im Rechtsstreit an das Gericht und den Gegner im Einverständnis mit dem Minister erfolgt ist und somit das Erfordernis des § 2 a. a. O. erfüllte. Die Rev. hat nach dieser Richtung hin Einwendungen auch nicht erhoben. Aber der Erlaß v. 27. Mai 1937 ist zu einer Zeit ergangen, in der der Kl. nur Wartegeld, noch nicht (hilfsweise) Gehalt forderte. Der Erlaß kann daher nicht auf den erst im zweiten Rechtszuge erhobenen Gehaltsanspruch bezogen werden. Da aus der bloßen Tatsache, daß sich der Bekl. auf diesen neu eingeführten Anspruch auch gegenständlich eingelassen hat, der Vorbescheid nicht entnommen werden kann — schon deshalb nicht, weil sie nur den Standpunkt des Vertreters des Bekl. in diesem Rechtsstreit, des RegPräs. bezeichnet, das Gesetz aber eine Entscheidung des „Verwaltungschefs", das ist des Ministers, verlangt — so muß dieser Anspruch ohne gegenständliche Prüfung wegen des Fehlens des Vorbescheides abgewiesen werden.

2. Auf die Frage, ob die Versetzung des Kl. in den einstweiligen Ruhestand wirksam war, ist demgemäß nur wegen ihrer Bedeutung für die weitere Prüfung einzugehen, in welcher Weise die Entlassung des Kl. erfolgen konnte. Daß das Preuß. Staatsmin. auf Grund der Vorschrift des § 3 PrVO. v. 26. Febr. 1919 (GS. 33) jederzeit in der Lage war, den Kl. in den einstweiligen Ruhestand zu versetzen, und daß in den Umkreis der Aufgaben der Kommissare des Reichs auch die Ausübung dieser Befugnis des Preuß. Staatsmin. fiel, ist bedenkenfrei und wird auch von der Rev. nicht in Zweifel gezogen. Die Maßnahme setzte aber, wie alle Verwaltungsakte, zu ihrer Wirksamkeit die gehörige Kundgabe voraus; sie kann in Fällen dieser Art nur in der Bekanntmachung an den Betroffenen, den Kl., bestehen. Das hätte durch Einhändigung oder Zustellung der Urschrift oder einer Ausfertigung der Entscheidung selbst erfolgen können. Aber ein allgemeiner Grundsatz des Verwaltungsrechts mit dem Inhalt, daß die Bekanntmachung von Entscheidungen nur in dieser Weise wirksam erfolgen könne, ist nicht anzuerkennen, auch nicht für das Sondergebiet des Beamtenrechts. Schlechthin ist vielmehr für Staatsakte, die von der Behörde an einen bestimmten, ihrer Anordnungsbefugnis Unterworfenen gerichtet werden, nur zu fordern, daß sie dem Betroffenen gegenüber in die Erscheinung treten, und zwar durch amtliche Mitteilung, die den Zweck verfolgt, ihm diese Kenntnis zu geben (RGZ. 101, 296). Diesen Erfordernissen entsprach die Mitteilung, die — auf Anordnung des Preuß. Staatsmin. — dem Kl. durch den RegPräs. mittels dessen Schreibens vom 7. April 1933 gemacht worden war.

Es kann daher nur die Frage sein, ob etwa für die Versetzung in den einstweiligen Ruhestand durch die damals bestehenden Vorschriften eine andere Form der Bekanntmachung, insbesondere die Zustellung des Beschlusses selbst oder einer Ausfertigung davon zwingend vorgeschrieben war. Das hat das BG. mit Recht verneint und angenommen, daß die Eröffnung an den Kl. durch den RegPräs. genügt habe, um die Wirksamkeit des Beschlusses herbeizuführen. Demgegenüber macht die Rev. geltend, eine Vorschrift des Inhalts, daß die Entscheidung selbst den Betroffenen in der darin näher angegebenen Weise mitzuteilen sei, habe in Gestalt des § 8 PrBDStrO. v. 27. Jan. 1932 (GS. 59) für alle darin geregelten Verfahren bestanden. Indessen ist es nicht zutreffend, daß die Vorschrift des § 8 a. a. O., wenn sie sich auf „alle in diesem Gesetz vorgesehenen Aufforderungen, Mitteilungen, Ladungen und Zustellungen" beziehen will, auch auf die Versetzung eines Beamten in den einstweiligen Ruhestand anzuwenden ist. Diese Versetzung ist im § 107 dess. Ges. unter den gegen Beamte anwendbaren Maßnahmen nur erwähnt, ohne daß aber anderseits das Gesetz die gegenständlichen Voraussetzungen und die Durchführung dieser Anordnung irgendwie geregelt hätte. Es überließ diese Regelung vielmehr allgemeinen Grundsätzen des Verwaltungsrechts sowie den bestehenden Sondervorschriften, zu denen gerade die PrVO. v. 26. Febr. 1919 gehört. Da, wie die Rev. selbst vorträgt, § 8 a. a. O. sich auf die in der PrBDStrO. geregelten Verfahren bezieht, die Versetzung in den einstweiligen Ruhestand aber in diesem Gesetz keine Regelung gefunden hat, so ergibt sich, daß die Bestimmung für das auf diese abzielende Verfahren keine Geltung hat. Das Preuß. Staatsmin. konnte also durch diese Bestimmung nicht gehindert sein, sich zur wirksamen Bekanntmachung der Versetzung des Kl. in den einstweiligen Ruhestand der Vermittelung des RegPräs. zu bedienen. Dieser hat dem Kl. durch das ihm zugestellte Schreiben v. 7. April 1933 alles dasjenige eröffnet, was erforderlich war, um ihm die gegen ihn beschlossene Maßnahme und ihre gesetzliche Grundlage zur Kenntnis zu bringen.

Freilich enthielt das Schreiben insofern einen Fehler, als darin von der VO. v. 26. März (statt Februar) 1919 die Rede war. Das konnte indessen der Wirksamkeit der Bekanntmachung keinen Abbruch tun, da für den Kl. als ausgebildeten Verwaltungsbeamten zweifelsfrei ersichtlich war, was gemeint war und auf welche Vorschrift die Maßnahme gegründet werden sollte.

3. In der Tat befand sich der Kl. also im einstweiligen Ruhestande, als ihm der Erlaß v. 24. Juli 1933 zugestellt wurde. Dieser konnte das Beamtenverhältnis des Kl. nur beenden, wenn der Kl. zu dieser Zeit einen nach den Grundsätzen des Beamtenrechts beachtlichen Antrag auf Entlassung gestellt hatte. Die Rev. erhebt auch in dieser Hinsicht Einwendungen gegen das angefochtene Urteil. Indessen ist im Ergebnis dem BG. darin beizutreten, daß dem PrMdJ., als er die Dienstentlassung des Kl. aussprach, ein auf diese gerichteter Antrag des Kl. vorlag, der den an einen solchen zu stellenden Anforderungen genügte. Dieser Antrag, wie er in der Schutzschrift des RA. A. enthalten ist, war klar und unzweideutig schlechthin auf Dienstentlassung gerichtet; er stellte sich also als frei von offenen und versteckten Vorbehalten und als keiner Auslegung bedürftig dar (RGZ. 96, 302; 114, 130 = JW. 1926, 2292 [8]; RGZ. 120, 66 = JW. 1928, 1038 [3]; RGZ. 141, 246). Die späteren ergänzenden Erklärungen des Kl. änderten diesen Zustand nicht. Die Rev. meint zwar, es komme in dem Antrag zum Ausdruck, daß der Kl. nur für den Fall seine Entlassung begehrt habe, daß zuvor sein Dienststrafverfahren zum Abschluß gebracht worden sei. Nach den Erwägungen des BG., denen insoweit beizutreten ist, ergab sich indessen für die Vorgesetzten des Kl. bei zwangloser Betrachtung einerseits derjenigen Stellen der Schutzschrift, die den Antrag auf Dienstentlassung betrafen, wie anderseits ihres übrigen Inhalts weder ein so gerichteter Wille des Kl. noch, was entscheidend ist, auch nur ein Zweifel, ob der Kl. vielleicht seinen Antrag auf Dienstentlassung nur unter der Voraussetzung eines bestimmten Ganges seiner Angelegenheiten stellen wolle. Auch die späteren Erklärungen des Kl. konnten einen solchen Zweifel nicht hervorrufen. Hätte sich freilich auch nur ein Bedenken nach dieser Richtung ergeben, so hätte es die den Vorgesetzten dem Beamten gegenüber treffende Pflicht der Fürsorge geboten, dem Antrage nicht zu entsprechen, sondern den Willen des Beamten zu erforschen (RGZ. 96, 304). Indessen war in der Eingabe vom 15. Juni 1933 und auch in den weiter vom Kl. abgegebenen Erklärungen nichts zu finden, was die Vorgesetzten des Kl. zu einem solchen Zweifel hätte führen können. Daß insbesondere das Bindewort „sodann" nicht den Gedanken an irgendwelche bei dem Kl. vorhandenen stillschweigenden Voraussetzungen hervorrufen konnte, ist von dem BG. zutreffend dargelegt worden.

Die Rev. macht aber geltend, das BG. habe dadurch, daß es zur Auslegung der Eingabe eine Reihe von Umständen

herangezogen habe, die außerhalb der Urkunde liegen, selbst dargetan, daß der Antrag des Kl. nicht klar genug gefaßt und der Auslegung bedürftig sei. Aus dem Umstande allein, daß das BG. sich, wie dies geboten war (§ 286 ZPO.), mit den Anführungen des Kl. auseinandersetzte und demgemäß auch über den Inhalt seiner Eingabe Ausführungen machte, kann, wie keiner weiteren Begründung bedarf, nicht geschlossen werden, die in dieser Eingabe enthaltenen Anträge seien nicht an sich klar. Wenn das BG. darüber hinaus im Zuge dieser Darlegungen auch auf Tatsachen außerhalb der Urkunde einging, so handelt es sich dabei einerseits um Hilfserwägungen, die das an sich klare Ergebnis unterstützen sollen, vor allem aber um Ausführungen, die die Behauptung des Kl. widerlegen sollen, sein wahrer Wille sei in der Tat nicht der vom BG. festgestellte gewesen.

Die Rev. wiederholt weiter die in das Zeugnis des RA. A. gestellte Behauptung, der Wille des Kl., den er zur Zeit der Eingabe v. 15. Juni 1933 gehabt und in dieser auch habe zum Ausdruck bringen wollen, sei in der Tat mit einem Vorbehalt (vgl. seine Erklärung v. 21. Nov. 1934) behaftet gewesen; sie rügt zugleich, daß das BG. auf diesen Beweisantritt nicht eingegangen sei. Indessen kann sie auch mit diesem Angriff keinen Erfolg haben. Für die zur Erörterung stehende Frage ist — ebenso wie in den anderen Gebieten des Rechtes — nicht irgendeine im Inneren des Erklärenden vorhandene Regung, mag sie auch einem Dritten gegenüber (sc. hier: seinem RA. gegenüber bei der Informationserteilung) in die Erscheinung getreten und darum in der Folgezeit nachzuweisen sein, sondern der rechtsgeschäftlich erklärte Wille bedeutsam. Auf dessen Ermittelung richten sich die zuvor gebilligten Erwägungen des BG. Ein Abweichen des nicht zum Ausdruck gelangten inneren Willens von dem erklärten Willen kann demnach nur unter den Voraussetzungen bedeutsam werden, unter denen überhaupt der Irrtum im Rechtsleben von Erheblichkeit ist. Der Sen. hat, gerade für einen Fall, der ebenfalls die Wirksamkeit eines Antrages auf Dienstentlassung betraf, ausgesprochen (RGZ. 141, 258), daß der Irrtum auch im Gebiete des öffentlichen Rechts, soweit er in diesem überhaupt beachtlich sei, nur in den Grenzen des § 119 BGB. berücksichtigt werden könne; diese Bestimmung bringe demnach einen allgemeinen Rechtsgedanken zum Ausdruck. Es ist dem hinzugefügt worden, daß gerade im öffentlichen Recht auch von der Forderung der Unverzüglichkeit der Geltendmachung des Irrtums (§ 121 Abs. 1 BGB.) nicht abgesehen werden dürfe. Es würde sich nun zwar, wenn der Kl., wie bei der unterbliebenen Erledigung seines Beweisangebotes unterstellt werden muß, wirklich hätte erklären wollen, daß er nur unter der in Rede stehenden Voraussetzung entlassen werden wolle, um einen Irrtum in der Erklärung handeln, der somit in den Umfang des § 119 Abs. 1 BGB. fallen würde. Aber der Kl. wäre über das Vorhandensein dieses Irrtums durch die Gestaltung der weiteren Entwicklung seiner Angelegenheit alsbald aufgeklärt worden, nämlich spätestens dadurch, daß das Dienststrafverfahren erst nach seiner Entlassung und nur auf Grund seines Ausscheidens aus dem Beamtenverhältnis („ohne Rehabilitierung") eingestellt wurde. Er hätte damals die Anfechtung seines Antrages auf Dienstentlassung erklären müssen, wenn er nicht die Möglichkeit verlieren wollte, sich auf den angeblichen Irrtum zu berufen. Dem Verhalten des Kl. nach seiner Dienstentlassung kommt also, was das BG. nicht erkannt hat, über das Gewicht eines bloßen Beweisanzeichens hinaus diese besondere rechtsgestaltende Bedeutung zu. Demgemäß findet auch die Unterlassung der Vernehmung des RA. A. darin ihre Rechtfertigung, daß die Feststellung, auf die dieser Beweisantritt abzielt, für die Entscheidung ohne Erheblichkeit ist (RGZ. 4, 375).

4. Die Zustellung des Erlasses v. 24. Juni 1933 an den Kl. führte hiernach dessen Ausscheiden aus dem Beamtenverhältnis herbei, wenn der PrMdJ. befugt war, die Dienstentlassung im Namen des Preuß. MinPräs. auszusprechen.

Die Ernennung der Landräte stand nach Art. 47 der Preuß. Verf. v. 31. Jan. 1850 dem Könige zu. § 5 des Preuß. Ges. zur vorläufigen Ordnung der Staatsgewalt in Preußen v. 20. März 1919 (GS. 53) übertrug sie dem Preuß. Staatsministerium. Diese Regelung wurde von Art. 82 der Preuß. Verf. v. 30. Nov. 1920 (GS. 558) wiederholt. § 5 Abs. 1 i. Verb. m. § 1 Nr. 4 des zweiten Ges. zur Gleichschaltung der Länder mit dem Reich v. 7. April 1933 (RGBl. I, 173) gab dem Reichskanzler das Recht zur Ernennung und Entlassung der unmittelbaren Staatsbeamten in Preußen, soweit diese bis dahin durch die oberste Landesbehörde erfolgt waren, und zwar mit der Ermächtigung es auf die Landesregierung zu übertragen. Das Ges. zur Änderung dieses Ges. vom 25. April 1933 (RGBl. I, 225) setzte an Stelle der Landesregierung den Preuß. MinPräs. Demgemäß übertrug der Erlaß des Reichskanzlers v. 25. April 1933 (GS. 113) die Befugnis auf den Preuß. MinPräs. und ermächtigte diesen, sie weiter zu übertragen. Davon machte der Preuß. MinPräs. in weitem Umfange Gebrauch: Die zur Zeit der Bekanntgabe der Entlassung an den Kl. maßgeblichen Bestimmungen sind in dem Erlaß des Preuß. MinPräs. über Beamtenernennungen v. 17. Juli 1933 (GS. 266) enthalten; sie lauten:

1. Ich behalte mir die Ernennung folgender Beamter vor: ... c) bei den Behörden der allgemeinen und inneren Verwaltung ... der Landräte ...

2. Die Ausübung des Beamtenernennungsgesetzes im übrigen übertrage ich auf die Herren Staatsminister für die ihnen unterstellten Verwaltungen.

Der Erlaß trifft auch Anordnungen für die äußere Form der Ernennungsverfügungen und sieht die im gegebenen Fall angewendete Form für Ernennungen durch die Staatsminister vor.

Über die Zuständigkeit zur Entlassung von Beamten schrieb § 94 II 10 PrALR. vor: Bei derjenigen Instanz, von welcher die Besetzung eines Amtes abhängt, muß auch die Entlassung davon nachgesucht werden.

Es ist dem Kl. zuzugeben, daß der Wortlaut des Erlasses v. 17. Juli 1933 i. Verb. m. dieser Bestimmung für die von ihm vertretene Rechtsauffassung spricht, die Dienstentlassung sämtlicher Landräte, mochten sie ein Amt verwalten oder sich im einstweiligen Ruhestande befinden, habe zu den Angelegenheiten gehört, die der Preuß. MinPräs. sich vorbehalten habe. Indessen kann dieser Wortlaut nicht entscheidend sein. Denn es handelte sich nicht um Regelungen auf Rechtsgebieten, die in verhältnismäßiger Ruhe befindlich gewesen und insbesondere von den Änderungen der Staatseinrichtungen nur mittelbar berührt worden wären, die im Jahre 1933 begonnen hatten, sondern um Maßnahmen, die dieser Durchführung unmittelbar dienen, sie aber anderseits nicht abschließen sollten und daher, wie übrigens ihre seither mehrfach erfolgte Abänderung zeigt, Übergangsregelungen waren. Dem vom Gesetz verfolgten Ziel würde es demgemäß zuwiderlaufen, wollte man sich bei einem Widerspruch zwischen dem durch Wortauslegung zu gewinnenden Ergebnis und dem Inhalt der Vorschriften, wie er sich aus ihrer Handhabung durch die dazu berufenen Stellen ergab, nicht für diese entscheiden. Das würde zumal mit dem im autoritären Staate gebotenen Rechtsdenken unvereinbar sein. Wenn daher der PrMdJ. den Landräten im einstweiligen Ruhestand im Namen des MinPräs. den Abschied erteilte, so ist es auszuschließen, daß das ohne Kenntnis und Billigung des MinPräs. geschah. Es ist unmöglich, sich über diese erkennbare Willensmeinung hinwegzusetzen, da sie von derjenigen Stelle ausging, die wie dargelegt, nach den Vorschriften in der Lage war, dem PrMdJ. die Ermächtigung zu der in Rede stehenden Maßnahme zu erteilen. Welche Gründe den beteiligten Ministern zu dieser Handhabung Veranlassung gaben, muß dabei ohne Bedeutung bleiben. Es braucht daher auf die bezüglichen Erwägungen des BG. nicht eingegangen zu werden. Die auf Anschauungen des früheren Rechtsdenkens gegründeten Erwägungen der Rev., daß der Kl. nicht von der dazu ermächtigten Stelle seine Dienstentlassung erhalten habe und daß diese daher unwirksam sei, gehen jedenfalls fehl. Damit soll zu der Frage, welche Bedeutung im autoritären Staat die Ordnung der sachlichen Zuständigkeit der Behörden und ihre Ermächtigung zu bestimmten Gruppen von Verwaltungshandlungen hat, nicht Stellung genommen werden. Im gegebenen Fall ist vielmehr entscheidend, daß die Stelle, die die Dienstentlassung aus-

sprach, dazu die Ermächtigung desjenigen Organs hatte, das der Gesetzgeber sachlich zu dieser Maßnahme für zuständig erklärt und mit der Befugnis ausgestattet hatte, diese Ermächtigung an diejenige Stelle zu übertragen, die sie gegenüber dem Kl. ausgesprochen hat.

(RG., III. ZivSen., U. v. 24. Juni 1938, III 183/37.) [Ba.]

⟨= RGZ. 158, 119.⟩

Konkursordnung und Anfechtungsgesetz

32. RG. — §§ 211, 193 Satz 2 KO. Der Zwangsvergleich im Gesellschaftskonkurs begrenzt, da er nicht ein anderes festsetzt, zugleich den Umfang der persönlichen Haftung der Gesellschafter, die für die Gesellschaftsschulden nach Maßgabe von §§ 128, 129 HGB. einzutreten haben (Jäger, 6. und 7. Aufl., Bem. 3 und 7 zu § 211 KO. nebst Nachw., darunter OLG. Karlsruhe: JW. 1933, 133⁵ mit Bem. von Bley). Die dingliche Haftung aber, die ein Gesellschafter für eine Gesellschaftsschuld — z. B. durch Bestellung einer Hypothek auf einem Privatgrundstück für den Gesellschaftsgläubiger — eingegangen ist, wird durch die allgemeine Bestimmung in § 193 Satz 2 KO. geregelt, nach der es nur darauf ankommt, daß die gesicherte Forderung vom Zwangsvergleich — wie hier — betroffen war. Wird nur diese Gesetzesbestimmung berücksichtigt, so ist die streitige Hypothek als dingliche Sicherung geblieben, nicht aber für die Bekl. um deswillen weggefallen, weil sie aus dem Zwangsvergleich voll befriedigt worden ist. Daß § 193 S. 2 KO. abdingbar ist, verkennt auch die Rev. nicht. Um die Wirkung dieser Vorschrift zu beseitigen, ist es nicht erforderlich, sie selbst zu kennen und ausdrücklich zu erörtern; es genügt, daß im Einzelfalle eine Vereinbarung getroffen wird, deren Inhalt eine Beseitigung der Rechte darstellt, welche sonst gesetzlich bestehen geblieben wären.

(RG., V. ZivSen., U. v. 14. Juli 1938, V 23/38.) [Ba.]

*

33. RG. — § 3 Ziff. 1 AnfG.; § 286 ZPO. Hat sich der Schuldner einem Gläubiger gegenüber verpflichtet, ihm durch Abtretung einer Eigentümergrundschuld Sicherheit zu gewähren, so bleibt es eine kongruente Erfüllung dieser Verpflichtung, wenn nach erfolgter Zwangsversteigerung des belasteten Grundstücks der Anspruch auf Auszahlung des auf die Eigentümergrundschuld entfallenden Teils des Versteigerungserlöses sicherungshalber an den Gläubiger abgetreten wird.

Der Erstbeklagte hat im Jahre 1930 auf seinem Grundbesitz, darunter dem im Grundbuch von H. vermerkten Sch.hof, zugunsten der Bankfirma H. & L. in H. eine Gesamtsicherungshypothek im Höchstbetrage von 25 000 *RM* zur Sicherung aller Ansprüche eintragen lassen, welche die genannte Gläubigerin, insbes. aus Wechselverpflichtungen, an ihn habe oder haben werde. Die mit der Hypothek belasteten Grundstücke gelangten zur Zwangsversteigerung. Der sog. Sch.hof, dessen Versteigerung am 27. Febr. 1932 stattfand, wurde dem Kaufmann Ernst H., dem Sohne einer Gesellschafterin der klagenden OHG., zu einem Gebot von 356 000 *RM* zugeschlagen. Auf die Sicherungshypothek entfielen von dem Erlöse 23 747,29 *RM*. Der Ersteher zahlte im Verteilungstermine v. 27. Aug. 1932 hierauf bar 5832,39 *RM*. Da über die Berechtigung zur Empfangnahme des zugeteilten Betrages Streit herrschte, wurde der bargezahlte Betrag bei der Gerichtskasse des AG. in B. hinterlegt und in Höhe des nicht gezahlten Betrages von 17 914,90 *RM* auf den versteigerten Grundstücken eine Sicherungshypothek eingetragen, beides zugunsten desjenigen, der sich durch Urteil oder Anerkenntnis des Erstbeklagten als Berechtigter ausweisen werde. Der letztere trat nach dem Verteilungstermin, am 29. Aug. 1932, seine Ansprüche auf den Erlös an den Zweitbeklagten ab. Er hatte bereits am 16. Febr. 1931 die Abtretung des nicht valutierten Teiles der Sicherungshypothek an ihn in notarieller Form erklärt.

Die Kl. hält sich aus mehreren Gründen für die Empfangsberechtigte. Sie hat, wie sie behauptet, im Versteigerungstermin eine ihr gegen den Erstbeklagten zustehende Warenforderung an die Firma H. & L. abgetreten. Die dadurch voll valutierte Sicherungshypothek habe die letztere Firma dann sofort an sie, Kl., abgetreten. Zudem habe sie die bis dahin bestehende Eigentümergrundschuld durch Beschluß des AG. R. v. 18. Febr. 1931 und durch eine bereits am 16. Febr. 1931 zugestellte Vorpfändung gepfändet und überwiesen erhalten. Schließlich habe ihr die Firma H. & L. am 16. April 1935 den Anspruch auf den Erlös aus der Sicherungshypothek abgetreten. Demgegenüber habe der Zweitbeklagte Rechte an der Sicherungshypothek und deren Versteigerungserlös nicht erworben. Die Abtretung vom 16. Febr. 1931 sei mangels Eintragung im Grundbuch wirkungslos. Die am 29. Aug. 1932 erfolgte Abtretung des Anspruchs auf den Versteigerungserlös unterliege der Anfechtung, da sie der vielfach fruchtlos gepfändete Erstbeklagte in der dem Zweitbeklagten bekannten Absicht der Gläubigerbenachteiligung vorgenommen habe.

Die Kl. verlangt daher mit der im Dezember 1935 erhobenen Klage die Verurteilung des Erstbeklagten, in die Umschreibung der Ersatzsicherungshypothek auf sie und in die Auszahlung des hinterlegten Betrages an sie zu willigen, gegenüber dem Zweitbeklagten, festzustellen, daß er aus der Abtretung vom 29. Aug. 1932 Rechte an der Höchstbetragssicherungshypothek und der Ersatzsicherungshypothek nicht erworben habe.

Das LG. hat auf Grund der Feststellung, daß die Forderung der Firma H. & L. im Zeitpunkte des Verteilungstermins 14 338,25 *RM* betragen habe, den Erstbeklagten verurteilt, darin zu willigen, daß der hinterlegte Betrag voll an die Kl. ausgezahlt und die Ersatzsicherungshypothek in Höhe von 8505,86 *RM* auf die Kl. umgeschrieben werde. Im übrigen hat es die Klage abgewiesen. Das OLG. hat die Berufung der Kl. zurückgewiesen.

Die Rev. war erfolglos.

Die Rev. wendet sich nur gegen die Verneinung des Anfechtungsanspruchs gegenüber dem Zweitbeklagten. Die angefochtene Entsch. beruht insoweit auf folgenden Erwägungen: Die am 16. Febr. 1931 beurkundete Abtretung des nicht valutierten Teils der Sicherungshypothek (Eigentümergrundschuld) an den Zweitbeklagten sei nicht anfechtbar, weil der letztere von einer etwaigen Absicht des Erstbeklagten, seine Gläubiger zu benachteiligen, keine Kenntnis gehabt habe. Der Zweitbeklagte habe, wie er bei seiner eidlichen Vernehmung glaubwürdig erklärt habe, und wie auch die sonstigen Umstände ergäben, im Zeitpunkte der Abtretung die wirtschaftlichen Schwierigkeiten des Erstbeklagten noch nicht gekannt. Die Abtretung sei erfolgt, weil der Zweitbeklagte die Übernahme einer Wechselbürgschaft (in Höhe von 7500 *RM*) für den Erstbeklagten von einer Sicherstellung abhängig gemacht habe; demgemäß sei ihm die Abtretung der Eigentümergrundschuld fernmündlich zugesagt worden, und von deren Vollziehung habe er schriftlich Nachricht erhalten. Auch die am 29. Aug. 1932 erfolgte Abtretung des Anspruches auf den Versteigerungserlös, soweit er auf die Eigentümergrundschuld entfallen sei, sei nicht anfechtbar. Diese Abtretung könne nur den Zweck gehabt haben, die bei dem Ferngespräch vom 16. Febr. 1931 übernommene Verpflichtung zur Abtretung der Eigentümergrundschuld zu erfüllen. Die damals von dem Erstbeklagten erklärte Abtretung sei unwirksam geblieben, weil sie im Grundbuche nicht eingetragen worden sei. Es sei bedeutungslos, daß statt der zugesagten Sicherheitsleistung in Form der Abtretung der Eigentümergrundschuld nunmehr der Anspruch auf den Erlös abgetreten sei; denn der Erstbeklagte sei aus der gegebenen Zusage heraus verpflichtet, dem Zweitbeklagten das zu gewähren, was an die Stelle des durch die Zwangsversteigerung erloschenen Rechts getreten sei. Die Verpflichtung zur Sicherheitsleistung selbst sei dadurch unberührt geblieben, daß die Abtretung der Eigentümergrundschuld wegen der fehlenden Eintragung keine dingliche Wirkung gehabt habe. Unter diesen Umständen habe die Kl. zur Begründung ihres, nur aus § 3 Ziff. 1 AnfG. zu beurteilenden Anfechtungsanspruchs dartun müssen, daß der Erstbeklagte bei der Abtretung des Anspruchs auf den Versteigerungserlös nicht sowohl durch die Absicht geleitet worden sei, seiner Verpflichtung nachzukommen, als vielmehr durch die Absicht, anderen Gläubigern die diesen zustehende Befriedigung zu entziehen. Das habe die Kl. nicht dartun können. Das Gericht sei vielmehr davon überzeugt, daß der Erstbeklagte nur von der Absicht bestimmt worden sei, seine ihm aus der Zusage v. 16. Febr. 1931 erwachsene Verpflichtung zur Sicher-

heitsleistung zu erfüllen. Neben der eidlichen Erklärung des Zweitbeklagten, die Abtretung des Anspruchs auf den Erlös habe nur Ersatz für die nicht wirksam gewordene Abtretung der Eigentümergrundschuld sein sollen, spreche hierfür der Umstand, daß nach der eigenen Angabe der Kl. im Zeitpunkt des Verteilungstermins noch nicht damit habe gerechnet werden können, daß auf die Höchstbetragssicherungshypothek mehr als rund 17 900 RM entfallen würden. Die Bekl. hätten daher als Erlös für die Eigentümergrundschuld nur einen Betrag von 4 bis 5000 RM annehmen können, während die vom Zweitbeklagten übernommene Wechselverbindlichkeit 7500 RM betragen habe.

Diese Begründung läßt keinen Rechtsirrtum erkennen. Es entspricht der ständigen Rspr. des RG., daß im Falle eines reinen (kongruenten) Deckungsgeschäfts das etwa vorhandene Bewußtsein des Schuldners, die Vertragserfüllung benachteilige die übrigen Gläubiger, noch nicht den Schluß rechtfertigt, daß er diese Benachteilgung beabsichtigt habe. In derartigen Fällen kann diese Absicht erst angenommen werden, wenn der Richter überzeugt ist, daß es dem Handelnden nicht sowohl auf die Vertragserfüllung, als vielmehr gerade darauf angekommen ist, seine übrigen Gläubiger zu benachteiligen (Urt. des RG. vom 6. März 1931: RGWarn. 1931 Nr. 91; RGZ. 125, 242 = JW. 1930, 998 [16]; RGZ. 136, 109 = JW. 1932, 3184 [10]; RGZ. 153, 350 = JW. 1937, 1145 [1]; ebenso auch Jaeger, „AnfG.", 2. Aufl., Anm. 8 zu § 3). Das Vorliegen eines reinen Deckungsgeschäftes nimmt der BerR. rechtlich einwandfrei an.

Hatte sich aber, wie der BerR. feststellt, der Erstbeklagte in nicht angreifbarer Weise verpflichtet, dem Zweitbeklagten die Eigentümergrundschuld als Sicherheit für die durch die Übernahme der Wechselbürgschaft entstehenden (und auch tatsächlich entstandenen) Ansprüche abzutreten, so blieb es eine reine (kongruente) Erfüllung dieser Verpflichtung, wenn dem Zweitbeklagten nach erkannter Wirkungslosigkeit der früher erklärten Abtretung und nach Wegfall der Möglichkeit ihrer wirksamen Vornahme infolge der Zwangsversteigerung nunmehr der Anspruch auf den Versteigerungserlös, der auf dieses Recht entfiel, sicherungshalber abgetreten wurde. Diese Beurteilung entspricht auch dem Rechtsgedanken des § 281 BGB. In einem sehr ähnlich liegenden Falle hat der erk. Sen. bereits in gleicher Weise Stellung genommen (Urt. v. 5. Mai 1931, VII 363/30).

Der BerR. hat demgemäß für die Prüfung der Voraussetzungen der Anfechtbarkeit der Abtretung v. 29. Aug. 1932 mit Recht die Grundsätze für anwendbar erachtet, die hinsichtlich der Feststellung der Benachteiligungsabsicht bei reinen Deckungsgeschäften Geltung haben. Wenn er demzufolge von der Kl. die Darlegung besonderer Umstände fordert, die eine über das bloße Bewußtsein von der Benachteiligung der übrigen Gläubiger hinausgehende Benachteiligungsabsicht des Erstbeklagten offenbaren könnten, so bewegt er sich innerhalb dieser von der höchstrichterlichen Rspr. anerkannten Grundsätze. Die Erwägungen, mit denen er unter diesem Gesichtspunkt den Nachweis der Benachteiligungsabsicht für mißlungen erachtet und, darüber hinaus, seine Überzeugung davon begründet, daß der Erstbeklagte nur von der Absicht bestimmt worden sei, seine Verpflichtung gegenüber dem Zweitbeklagten zu erfüllen, liegen auf dem der Rev. verschlossenen Gebiet der Tatsachenwürdigung. Daß der BerR. hiebei wesentliche Teile des Vorbringens und erhebliche Beweisanträge der Kl. nicht berücksichtigt und dadurch gegen § 286 ZPO. verstoßen habe, rügt die Rev. ohne Grund (wird ausgeführt).

(RG., VII. ZivSen., U. v. 2. Aug. 1938, VII 66/38.)

Gesetz über Bereinigung alter Schulden

34. AG. — § 1 Ges. über eine Bereinigung alter Schulden v. 17. Aug. 1938. Ein Schuldner im freien Beruf, der keine nennenswerten Betriebsmittel, sondern im wesentlichen seine Arbeitskraft für sein Unternehmen einsetzt, hat keinen Anspruch auf eine Schuldenbereinigung.

Der Schuldner hat sich vor der Machtübernahme als selbständiger Gebrauchsgraphiker und Reklamefachmann betätigt und im Rahmen dieses selbständigen Berufes im wesentlichen große Firmen beraten. Mag er auch infolge der Wirtschaftsnot vor der Machtübernahme und seiner nationalsozialistischen Betätigung gezwungen gewesen sein, seine Selbständigkeit aufzugeben, so war doch diese Aufgabe nicht eine Folge gerichtlicher Zwangsmaßnahmen seitens seiner Gläubiger, wie dies Voraussetzung für die Anwendbarkeit des Ges. v. 17. Aug. 1938 ist. Denn seinem wirtschaftlichen Zusammenbruch sind keine erfolgreichen Vollstreckungsmaßnahmen vorausgegangen. Von einer Vermögenshingabe i. S. von § 1 Abs. 1 Satz 2 des Gesetzes kann nur gesprochen werden, wenn ein Schuldner in seiner selbständigen Lebensstellung reale Werte besessen hat, die als Zugriffsobjekt für seine Gläubiger dienen konnten. Dies ist aber in der Regel bei einem Schuldner im freien Beruf nicht der Fall, der wie hier keine nennenswerten Betriebsmittel, sondern im wesentlichen nur seine Arbeitskraft für sein Unternehmen einsetzt, im übrigen aber vorwiegend unpfändbare Gegenstände i. S. von § 811 Ziff. 5 ZPO. besitzt. Ein solcher Schuldner kann zwar durch Maßnahmen seiner Gläubiger (z. B. durch Erzwingung der Leistung des Offenbarungseides) gezwungen werden, seinen selbständigen Beruf aufzugeben, dennoch sind aber die Voraussetzungen des § 1 Abs. 1 Satz 2 des genannten Gesetzes nicht gegeben.

(AG. Berlin, Abt. für Schuldenbereinigung, Beschl. v. 6. Sept. 1938, 325 II 4/38.)

*

35. AG. — § 1 Ges. über eine Bereinigung alter Schulden. Der Schuldner muß seine ursprüngliche Existenz vor dem Stichtag verloren haben. Maßgebend ist der Zeitpunkt, in dem der Zusammenbruch durch Verlust der Betriebsmittel als Folge von Vollstreckungsmaßnahmen der Gläubiger tatsächlich eingetreten ist. Dieser Zeitpunkt braucht nicht notwendig mit dem der formalen Aufgabe des selbständigen Berufes an sich zusammenzufallen.

Der Schuldner hat vor der Machtübernahme ein selbständiges Gewerbe, nämlich eine Reparaturwerkstatt und Schmiede sowie den Verkauf von land- und hauswirtschaftlichen Maschinen betrieben. Die Werkstatteinrichtung und Schmiede hatte er einschließlich der Räume von seinem Vater gepachtet bzw. gemietet. Er trägt vor, daß er zwar sein Gewerbe erst am 30. April 1936 aufgegeben habe, aber schon in den Jahren 1932/33 wirtschaftlich zusammengebrochen gewesen sei, deshalb auch seit Oktober 1935 nebenher als Schlosser Lohnarbeit geleistet habe. Die Prüfung der Angaben des Schuldners und der von ihm eingereichten Unterlagen ergibt, daß der Schuldner auf eine Bereinigung seiner alten Schulden keinen Anspruch hat. Nach § 1 des Gesetzes ist Voraussetzung, daß ein Schuldner infolge der Wirtschaftsnot vor der Machtübernahme oder infolge seines Einsatzes für die Bewegung vor dem 1. Jan. 1934 wirtschaftlich zusammengebrochen ist und dieser Zusammenbruch eine Folge von Zwangsmaßnahmen seitens der Gläubiger war.

Der Zeitpunkt, in dem der wirtschaftliche Zusammenbruch als eingetreten anzusehen ist, braucht zwar nicht mit dem Zeitpunkt der tatsächlichen Aufgabe des Geschäfts als solchem bzw. der Abmeldung des Gewerbebetriebes zusammenzufallen, denn es ist denkbar, daß ein Schuldner seinen Geschäftsbetrieb auch ohne die bisherige wirtschaftliche Grundlage formell aufrechterhält, obwohl das Geschäft mangels der Betriebsmittel im wesentlichen ruht und Einkünfte daraus nicht mehr oder doch nur in geringfügigem Umfange erzielt werden. Deshalb kann allein aus der Tatsache, daß erst nach dem 1. Jan. 1934 das Geschäft als solches endgültig aufgegeben bzw. das Gewerbe polizeilich abgemeldet wird, noch nicht ohne weiteres geschlossen werden, daß der wirtschaftliche Zusammenbruch auch erst nach dem 1. Jan. 1934 eingetreten ist. Es bedarf also in einem solchen Falle der eingehenden Prüfung, wann der Zusammenbruch tatsächlich durch Verlust der Betriebsmittel als Folge von Vollstreckungsmaßnahmen eintrat. Der Schuldner hat dargetan, daß er durch sehr zahlreiche Pfändungen in den Jahren 1932/33 in eine außergewöhnlich schwierige wirtschaftliche Lage geraten ist. Gepfändet und zum Teil auch versteigert wurden seine Vorräte an land- und hauswirtschaftlichen Maschinen. Die Pfändung des Werkstatt- und Schmiedeinventars selbst jedoch führte nicht zum Verlust dieser Betriebsmittel, weil deren Eigentümer im Wege des Widerspruchs gegen die Pfändung erfolgreich seinen Eigentumsanspruch durchsetzen konnte. Infolgedessen hat auch der Schuldner die wirtschaftliche Grundlage seiner selbständigen Lebenshaltung nur zum Teil verloren und konnte auch trotz der Zwangsmaßnahmen seitens der Gläubiger seine Reparatur- und Schmiedearbeiten ungestört fortsetzen. Aus der Gegenüberstellung der Höhe der Umsätze und der steuerpflichtigen Einkommen in den Jahren 1931 bis 1935 ergibt sich, daß der Schuldner seinen selbständigen Betrieb auch noch nach dem 1. Jan. 1934 nicht nur formell aufrechterhalten, sondern tatsächlich, wenn auch in einem etwas bescheideneren Rahmen fortgeführt hat. Da der Schuldner seine Existenz endgültig erst im Jahre 1936 verloren hat, kann er eine Schuldenbereinigung nach dem Ges. vom 17. Aug. 1938 nicht beanspruchen.

(AG. Berlin, Abt. für Schuldenbereinigung, Beschl. v. 6. Sept. 1938, 325 II 28/38.)

36. AG. — §§ 1 und 3 Ges. über eine Bereinigung alter Schulden v. 17. Aug. 1938.

a) Juristische Personen oder Personalgesellschaften haben keinen Anspruch auf die Schuldenbereinigung.

b) Ein „Mitverpflichteter" kann die richterliche Vertragshilfe nur in Anspruch nehmen, wenn die Voraussetzungen für eine Schuldenbereinigung in der Person des Schuldners vorliegen.

Nach § 1 kommt eine Schuldenbereinigung nur in Frage, wenn ein Schuldner infolge der Wirtschaftsnot vor der Machtübernahme bei der Ausübung eines selbständigen Berufes vor dem 1. Jan. 1934 wirtschaftlich zusammengebrochen ist. Nach dem Wortlaut und Sinn dieser Vorschrift haben juristische Personen und Personalgesellschaften keinen Anspruch auf eine Schuldenbereinigung, denn die Gesellschafter eines solchen Unternehmens haften für die Gesellschaftsschulden nicht mit ihrem persönlichen Vermögen, sondern nur mit ihren Geschäftsanteilen. Dabei macht es rechtlich keinen Unterschied, daß die in der Rechtsform einer GmbH. betriebene schuldnerische Firma eine sogenannte Einmanngesellschaft ist.

Der Geschäftsführer und alleinige Anteileigner der schuldnerischen Firma hat ferner persönlich für alle Verbindlichkeiten der GmbH. gegenüber der Vermieterin die selbstschuldnerische Bürgschaft übernommen. Er ist der Ansicht, insoweit als „Mitverpflichteter" nach der Ausnahmevorschrift des § 3 Abs. 1 Satz 2 eine Bereinigung beanspruchen zu können. Diese Auffassung ist rechtsirrig. Nach § 3 a. a. O. werden die Rechte, die ein Gläubiger gegenüber einem Mitschuldner einer alten Forderung hat, durch die Schuldenbereinigung grundsätzlich nicht berührt, jedoch kann von diesem Grundsatz abgewichen werden, soweit dies notwendig ist, um eine unbillige Härte zu vermeiden. Selbst wenn aber ein solcher Ausnahmefall vorliegt, ist sinngemäß immer Voraussetzung für die Anwendbarkeit dieser Ausnahmeregel, daß in der Person des Hauptschuldners die Voraussetzungen für eine Schuldenbereinigung an sich vorliegen. Ein Mitverpflichteter hat daher keinen Anspruch auf die richterliche Vertragshilfe, wenn nicht auch der Schuldner selbst die Voraussetzungen für die Inanspruchnahme der richterlichen Vertragshilfe erfüllt. Denn der Mitverpflichtete als selbschuldnerischer Bürge kann hinsichtlich der Haftung aus der übernommenen Verpflichtung nicht besser gestellt werden als der Hauptschuldner selbst. Da hier die schuldnerische Firma keinen Anspruch auf Schuldenbereinigung hat, unterliegt auch die Bürgschaftsschuld des Mitverpflichteten nicht der Schuldenbereinigung.

(AG. Berlin, Abt. für Schuldenbereinigung, Beschl. v. 14. Sept. 1938, 325 II 72/38.)

Rechtsberatungsmißbrauchsgesetz

37. LG. — RechtsberatMißbrG. v. 13. Dez. 1935. Zur Auslegung und Abgrenzung der Ausnahmevorschrift des Art. 1 § 5 Ziff. 2 (Bücherrevisoren).

Im angefochtenen Beschlusse ist der Antrag des Gläubigers, seinem Schuldner den Offenbarungseid abzunehmen, als unzulässig zurückgewiesen worden, weil dieser Antrag von einem Bücherrevisor gestellt worden sei, der keine Erlaubnis zur geschäftsmäßigen Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten besitze. Hiergegen wendet sich das Rechtsmittel, das als im Namen des Gläubigers erhobene sofortige Beschw. zu behandeln ist.

Da dieses Rechtsmittel wiederum vom Bücherrevisor R. eingelegt ist, so hängt auch dessen Zulässigkeit von der Frage ab, ob entweder die Erlaubnis- oder aber die Befreiungsvorschriften des RechtsberatMißbrG. v. 13. Dez. 1935 erfüllt sind. Eine *Erlaubnis* gemäß Art. 1 § 1 jenes Gesetzes ist R. nicht erteilt worden. Aber auch für die *Befreiungs*vorschrift des Art. 1 § 5 Ziff. 2 Ges. v. 13. Dez. 1935 — auf die das Schreiben des LGPräs. zu Zwickau v. 15. Juni 1937 nur ganz im allgemeinen verweist — fehlt es sowohl an den persönlichen wie auch an den sachlichen Voraussetzungen. *Persönlich* betrifft jene Befreiung nur öffentlich bestellte Wirtschaftsprüfer sowie „vereidigte" Bücherrevisoren [1]); R. fällt jedoch unter keinen dieser Begriffe; er ist zwar Bücherrevisor, jedoch als solcher nicht vereidigt. Aber auch *sachlich* ist jene Ausnahmevorschrift des Art. 1 § 5 Ziff. 2 tunlichst eng auszulegen. Es genügt hierfür nicht, daß ein (vereidigter) Bücherrevisor beruflich mit der betreffenden Angelegenheit in kaufmännischer Hinsicht befaßt ist oder war, um die Übernahme auch jeder rechtlichen Erledigung zu rechtfertigen (eine derartige Auslegung übersieht vollends den durch das Wort „soweit" eingeleiteten beschränkenden Nachsatz des Art. 1 § 5 Ziff. 2). Vielmehr muß ein unmittelbarer Zusammenhang mit der „*Aufgabe*" — nicht allein mit der bloßen *Tätigkeit* — des vereidigten Bücherrevisors bestehen; d. h. der Bücherrevisor müßte an der ordnungsgemäßen Erledigung seiner Buchführeraufgabe behindert sein, wenn die rechtliche Bearbeitung nicht mit einbezogen würde. Sinn und Zweck des Art. 1 § 5 Ziff. 2 liegt also keineswegs in einer Erweiterung der Buchführeraufgabe auf Kosten der Rechtsberateraufgabe; die Bestimmung sichert vielmehr nur die freie Entfaltung der *eigentlichen* Buchführeraufgabe selbst da, wo Rechtsfragen hereinspielen; die Übernahme der rechtlichen Bearbeitung ist jedoch nur im Rahmen und bis zur Grenze der Buchführeraufgabe selbst gestattet (das ist der Sinn des erforderten „*unmittelbaren* Zusammenhanges"); dagegen ist jede *jenseits* jenes Aufgabenbereichs eines Buchführers liegende rechtliche *Weiter*bearbeitung erlaubnispflichtig. Der Betrieb des Offenbarungseidsverfahrens liegt unter allen Umständen jenseits der eigentlichen Buchführeraufgabe und steht mit dieser nicht mehr in „unmittelbarem" Zusammenhang. Wenn ein Bücherrevisor von seinen Buchführungskunden auch rechtliche Aufträge — *ohne* die er seine eigentliche Buchführeraufgabe vollauf erfüllen könnte — mit zur Erledigung übernimmt, so wird er insoweit rein als Rechtsvertreter tätig; dies bestätigt letztlich auch die besondere Entlohnung, die insoweit völlig der eines Rechtsvertreters entspricht (vgl. hierzu auch die Bek. des SächsJustMin. v. 12. Juli 1928 [JMBl. 1928, 97]). Nach alledem handelt es sich hier bei der Verfahrensvertretung durch den Bücherrevisor R. um eine erlaubnispflichtige und mangels Erlaubnis unstatthafte Tätigkeit. Die Behörden sind aber gehalten, den verbotswidrigen Verkehr mit nicht zugelassenen Rechtsberatern abzulehnen (zu vgl. *Jonas*, Anm. 4 b zu Art. 1 § 1 Ges. v. 13. Dez. 1935) und folgerichtig die gleichwohl vorgenommenen Prozeßhandlungen als unwirksam zu behandeln bzw. ausdrücklich als *unzulässig* zurückzuweisen.

(LG. Zwickau, 5. ZK., Beschl. v. 20. Mai 1938, 5 T 270/38.)

[1]) Diese öffentliche Bestellung und Vereidigung durch die Industrie- und Handelskammern war bisher landesrechtlich geregelt. Sie ist neuerdings auf eine einheitliche Rechtsgrundlage gestellt worden. Im Anschlusse an eine Anordnung des RWiM. und des RVerkM. (RAnz. Nr. 132 v. 12. Juni 1937) hat die Reichswirtschaftskammer im Einvernehmen mit dem RWiM. einheitliche Vorschriften für alle Industrie- und Handelskammern für die öffentliche Bestellung und Vereidigung von Sachverständigen sowie von Bücherrevisoren erlassen (zu vgl. auch den Erlaß des RJM. 3134 IV b 7617/37 v. 11. Okt. 1937).

Zivilprozeßordnung

38. KG. — § 16 ZPO. Im Gerichtsstand des letzten inländischen gemeinsamen Wohnsitzes kann von einer Ausländerin nur dann die Scheidungsklage erhoben werden, wenn der Ehemann danach im Ausland keinen Wohnsitz begründet hat.

Der Bekl. hat die Kl. verlassen und hat sich nach der Sowjetunion begeben. Er ist jetzt für die Kl. dort nicht mehr auffindbar. Sie bittet um das Armenrecht für eine Scheidungsklage.

Die Zuständigkeit deutscher Gerichte könnte im vorl. Falle nur aus § 606 Abs. 1 ZPO. folgen; denn dessen Abs. 2 setzt voraus, daß der Ehemann Deutscher ist oder jedenfalls war. Das ist nicht der Fall. Auch das FrauenscheidungsG. v. 24. Jan. 1935 schafft keinen Gerichtsstand, da seine Voraussetzung, daß die Ehefrau Deutsche ist, fehlt. Geklagt werden könnte also nur im allgemeinen Gerichtsstand des Ehemannes. Dazu würde der letzte Wohnsitz der Parteien in Deutschland ausreichen (§ 16 ZPO.). Voraussetzung hierfür wäre aber, daß der Bekl. keinen ausländischen Wohnsitz hat, was sich nach ausländischem Recht bestimmt (KG.: JW. 1936, 3570 und 1937, 821). Es kann nun schon bedenklich sein, bei einer Person, von der längere Zeit keine Nachrichten mehr gekommen sind, ohne weiteres anzunehmen, daß sie keinen Wohnsitz im Ausland hat. Freilich werden an einem derartigen Nachweis keine besonders scharfen Anforderungen zu stellen sein. Der Hilfsgerichtsstand des letzten Wohnsitzes ist aber bereits dann nicht gegeben, wenn vorher seitens des Ehemannes ein Wohnsitz im Ausland begründet wurde (vgl. auch *Jonas*, Anm. 2 zu § 16 ZPO.). Das ist aber hier der Fall. Die Zuständigkeit ist vom LG. also mit Recht verneint worden.

(KG., 13. ZivSen., Beschl. v. 2. Mai 1938, 13 W 1443/38.)

*

39. KG. — §§ 91, 788, 104 ZPO. Erstattungsfähigkeit von Detektivkosten, die zur Vorbereitung der Zwangsvollstreckung (Urteil auf Herausgabe eines Kindes) erforderlich waren.

Die in zulässiger Weise erhobene sofortige Beschw. wendet sich gegen den Ansatz von Detektivkosten, welche der Kl. nach Erlaß des auf Herausgabe des Kindes durch die Bekl. lautenden Urteils aufgewendet hat, um den Aufenthalt des Kindes zu ermitteln und so die Ausführung des Urteils zu ermöglichen.

Zur Erstattungsfähigkeit solcher Kosten im Kostenfestsetzungsverfahren nach §§ 104 ff. ZPO. ist vorweg zu sagen, daß es sich nicht um eigentliche Rechtsstreitkosten, sondern um Kosten der Zwangsvollstreckung handelt, die nicht nach § 91 ZPO., sondern nach § 788 ZPO. zu beurteilen sind und grundsätzlich, soweit sie notwendig waren, bereits bei der Vollstreckung des Urteils mit beizutreiben sind. Gleichwohl ist in der Rspr. anerkannt, daß nicht beigetriebene Kosten der Zwangsvollstreckung auch im ordentlichen Kostenfestsetzungsverfahren festgesetzt werden können, ohne daß es dazu besonderer Voraussetzungen, z. B. der Glaubhaftmachung eines fehlgeschlagenen Versuchs der unmittelbaren Beitreibung bedürfte (zu vgl. die grundsätzlichen Entsch. des Senats v. 14. Nov. 1929 und 22. Juni 1935 bei Gaedeke, „KostRspr." 1938, Nr. 439, 440).

Die Aufwendungen einer Partei zur Ermittlung des Aufenthalts eines nach dem Urteil von der Gegenpartei herauszugebenden Kindes stellen nun allerdings keine unmittelbaren Zwangsvollstreckungskosten dar, sondern dienen nur erst der Vorbereitung der Vollstreckung, können als solche aber zu den Vollstreckungskosten im weiteren Sinne gerechnet werden und fallen somit unter § 788 ZPO.

Der Senat hatte folglich nur zu prüfen, ob die Beauftragung eines Detektivs durch den Kl. im vorl. Falle überhaupt notwendig war, gegebenenfalls, in welchem Umfange dieser Detektiv tätig werden durfte und welcher Kostenaufwand dafür angemessen erscheint.

Mit Recht haben sowohl der UrkB. als auch LG. den Einwand der Bekl. zurückgewiesen, daß der siegreiche Kl. erst hätte abwarten müssen, ob nicht die Bekl. dem Urteilsspruch durch Herausgabe des Kindes freiwillig genügte. Vielmehr wäre es Sache der Bekl. gewesen, ihrerseits, wenn sie eine Vollstreckung vermeiden wollte, unverzüglich die entsprechenden Schritte zu tun, um das Kind dem Vater wieder zuzuführen. Das hat sie nicht getan. Folglich durfte der Kl. alle zur Durchführung der Vollstreckung geeigneten Maßnahmen ergreifen. Da nicht ersichtlich ist, wie der Kl. auf andere Weise den Verbleib des Kindes ermitteln konnte, war es sachgemäß, daß er sich der Hilfe eines Detektivs bediente. Wie aus dessen Bericht hervorgeht, hätte auch eine Nachfrage bei dem Einwohnermeldeamt keinen Erfolg gehabt, denn die Nachfrage durch den Detektiv bei dem Polizeirevier ergab, daß die Adresse der Frau „gesperrt" sei, und zwar wegen des Verdachts, daß der Sohn geraubt werden könne. Daraus ergibt sich, daß die Bekl., die festgestelltermaßen seinerzeit das Kind auch von der Schule weg entführt und seitdem den Aufenthalt des Kindes dem Vater verborgen gehalten hat, alle Maßnahmen getroffen hatte, um den Aufenthalt des Kindes zu verheimlichen. Die nunmehr einsetzenden Ermittlungen des Detektivs waren daher nicht entbehrlich. Dies gilt nicht nur für die Ermittlungen in B. selbst, sondern auch dann für die Tätigkeit des Detektivs in G., um die ungestörte Herausgabe des Kindes aus der dortigen Jugendheimstätte zu sichern.

Für die Tätigkeit in G. hat der UrkB. zuzüglich der Fahrtauslagen insgesamt 63,05 *RM* zugebilligt, für die Tätigkeit in B. den Pauschalbetrag von 100 *RM*.

Während die Vergütung für die Tätigkeit in G. mit Rücksicht allein schon auf die dortigen Übernachtungsspesen nicht zu beanstanden ist, konnte allerdings der Pauschalsatz von 100 *RM* für die Ermittlungen in B. nicht als angemessen angesehen werden. Sache des Kl. wäre es gewesen, diese Kostenposition im einzelnen näher zu erläutern. Er hat sich darauf beschränkt, zu erklären, die 100 *RM* dem Detektiv übergeben zu haben, damit er seine Tätigkeit aufnehmen solle. Die Darlegungen des Detektivs selbst lassen aber ebensowenig erkennen, in welchem Umfange und welchem Zeitaufwand die Ermittlungen in B. notwendig waren. Die allgemeine Erklärung, es habe sich um „langwierige" und um „sehr geschickte Ermittlungen und Beobachtungen" gehandelt, reichen naturgemäß nicht aus. Der Senat konnte daher nur den nach der Sachlage als angemessen erscheinenden Betrag zubilligen. Er ist hierbei von einem Tageshonorar von 40 *RM* einschließlich Spesen ausgegangen und hat der besonderen Sachlage noch durch Zubilligung eines weiteren Auslagenbetrages von 10 *RM* in weitgehendem Maße Rechnung getragen.

(KG., 20. ZivSen., Beschl. v. 30. Aug. 1938, 20 W 3760/38.)

*

**** 40. RG. — 1. §§ 263, 328, 767 ZPO. Ist das auf eine ausländische Klage zu erwartende rechtskräftige Urteil fähig, im Gebiet des Deutschen Reiches anerkannt zu werden, so steht die durch jene Klage begründete Rechtshängigkeit für die auf sie gestützte Einrede des Bekl. der durch Anrufung eines deutschen Gerichts bewirkten Rechtshängigkeit gleich.**

2. §§ 537, 538 Abs. 1 Ziff. 2 ZPO. Infolge von § 537 ZPO. hat das BG., falls es entgegen dem ersten Richter den rein verfahrensrechtlichen Abweisungsgrund mißbilligt, in der Sache selbst zu entscheiden und dabei erforderlichenfalls auch den hilfsweise gegebenen weiteren Abweisungsgrund des ersten Richters nachzuprüfen. Die Fiktion, daß die Hilfsbegründung nicht vorhanden sei, gilt — anders als in der RevInst. — nicht für den BerR.

Der Kl. ist Eigentümer eines Grundstücks in einer deutschen Stadt. Der Bekl. hat gegen den Kl. eine Aufwertungsforderung und -hypothek, die er beide zum 31. Dez. 1933 gekündigt hatte. Der Kl. hat das Kapital nicht gezahlt und seit dem 1. Okt. 1935 auch die Zahlung der bis dahin in Schweizer Währung entrichteten Zinsen eingestellt. Der in Genf wohnende Kl. ist nicht deutscher Reichsangehöriger, wohl aber der Bekl., der 1934 nach Holland ausgewandert ist. Der Bekl. hat im November 1936 den Kl. vor dem Schweizer Kantonsgericht in Genf auf Rückzahlung des Darlehens verklagt. Der Klageantrag war auf Zahlung von 17 304,80 Schw. Franken gerichtet. Das Kantonsgericht hat im April 1937 den Kl. zur Zahlung von 9991,92 GM. nebst Zinsen verurteilt. Der Kl. hat Berufung eingelegt. Über diese ist noch nicht entschieden.

In dem vorliegenden, seit Januar 1937 anhängigen Rechtsstreit hat der Kl. beantragt, festzustellen,

1. daß der Kl. dem Bekl. als persönlicher Schuldner der im Grundbuch von X. eingetragenen Hypothek 9991,92 *RM* deutscher Währung schuldet;
2. . . .
3. daß durch eine entsprechend der deutschen Devisengesetzgebung erfolgte Zahlung von 9991,92 *RM* auf ein inländisches Sperrkonto des Bekl. der Kl. von den zu 1 und 2 genannten Schulden gegenüber dem Bekl. befreit wird.

Das LG. hat die Kl. abgewiesen. Es hat gegenüber den Anträgen unter Ziff. 1 und 3 die Einrede der Rechtshängigkeit durchgreifen lassen und für alle drei Anträge ein Feststellungsinteresse des Kl. verneint.

Der Kl. hat Berufung eingelegt und beantragt, in Abänderung der Vorentscheidung festzustellen, daß der Kl.

1. bei der Bezahlung seiner persönlichen Schuld aus der Hypothek von 9991,92 *RM* deutscher Währung den Vorschriften der Devisengesetze unterworfen ist;
2. berechtigt ist, sich durch eine in X. unter Beobachtung der Vorschriften der deutschen Devisengesetze erfolgende Zahlung von 9991,92 *RM* deutscher Währung von seiner persönlichen Schuld aus der Hypothek zu befreien und gegen eine solche Zahlung die Ausstellung einer löschungsfähigen Quittung über die Hypothek zu verlangen.

Zur Begründung hat der Kl. ausgeführt, mit den neugefaßten Anträgen werde von dem deutschen Gericht eine Entscheidung über andere als die von dem Schweizer Gericht zu beantwortenden Rechtsfragen begehrt.

Das KG. hat auf die Berufung das LGUrt. aufgehoben und die Sache an das LG. zurückverwiesen. Die Rev. des Bekl. wurde mit der Maßgabe zurückgewiesen, daß das KG. in der Sache selbst neu zu entscheiden hat.

1. Das auf die Genfer Klage zu erwartende rechtskräftige Urteil des zuständigen Schweizer Gerichts ist fähig, im Gebiet des Deutschen Reiches anerkannt zu werden (§ 328 ZPO. i. Verb. m. dem Ges. über das deutsch-schweizerische Abkommen über die gegenseitige Anerkennung und Vollstreckung von gerichtlichen Entsch. und Schiedssprüchen v. 28. Juli 1930 [RGBl. 1930, II, 1065, 1270]). Deshalb steht die durch jene Klage begründete Rechtshängigkeit für die auf sie gestützte Einrede des Bekl. der durch Anrufung eines deutschen

Gerichts bewirkten Rechtshängigkeit gleich (RGZ. 49, 340). Davon ist auch das KG. ausgegangen.

Begründet wäre die Einrede, wenn in beiden Prozessen derselbe Anspruch verfolgt würde. Das ist, wie das KG. zutreffend angenommen hat, nicht der Fall. In Genf wird auf Leistung, hier aber wird auf Feststellung geklagt. Die erstrebten Rechtsziele sind also verschieden. Das LG. hatte freilich für die ursprünglichen Klageanträge unter Ziff. 1 und 3 angenommen, daß die Rechtsziele nur äußerlich verschieden, im Kern jedoch wesensgleich seien; im Grunde begehre der Kl. nämlich mit diesen Anträgen nur die Feststellung, daß er nicht in Schweizer Franken zu zahlen brauche, und das sei lediglich die Verneinung der Rechtsfolge, über deren Eintritt schon das Schweizer Gericht auf Anrufung durch den Bekl. zu entscheiden habe. Dieser Auslegung der bisherigen Klageanträge ist nicht zu folgen. Eine Begründung hierfür erübrigt sich. Denn inzwischen hat der Kl. unbehindert (§ 270 ZPO.) neue Anträge gestellt und deren Bedeutung erschöpft sich zweifellos nicht in bloßer Negation des in der Schweiz verfolgten Klageanspruchs. Die Zuerkennung des dort anhängig gemachten, auf Zahlung in der Schweiz gerichteten Anspruchs durch das Kantonsgericht ergibt nichts darüber, ob der Kl. auch durch eine Leistung, wie er sie nun bewirken will, von der persönlichen Schuld befreit wird und das Recht auf Erteilung einer löschungsfähigen Quittung erwirbt (neuer Antrag Ziff. 2). Andererseits ist die Möglichkeit nicht auszuschließen, daß die in Genf erhobene Klage von dem Schweizer BG. aus einem Grunde abgewiesen wird, der sich über den Inhalt der Leistungspflicht des Kl. und deren Beeinflussung durch die deutsche Devisengesetzgebung überhaupt nicht verhält (neuer Antrag Ziff. 1). Der in der Schweiz geführte Rechtsstreit ist mithin nicht geeignet, in jedem Fall die Entsch. zu zeitigen, die der Kl. mit der vorliegenden Klage begehrt. Dann aber haben die beiden Prozesse nicht denselben Streitgegenstand. Zu diesem Ergebnis ist übrigens das Schweizer Kantonsgericht in Genf (nach einer vom Bekl. vorgelegten Übersetzung seines Urt.) ebenfalls gelangt.

Was die Rev. hiergegen vorbringt, greift nicht durch. Nach ihrer Meinung kommt es, entgegen der Rechtsauffassung des KG., nicht darauf an, ob sich der Bekl. vor dem Schweizer Gericht einredeweise mit dem Recht auf Erteilung einer löschungsfähigen Quittung verteidigt hat, sondern ob er dies hätte tun können. Hätte der Bekl., so führt die Rev. aus, vor einem deutschen Gericht aus dem persönlichen Schuldverhältnis auf Zahlung geklagt, so hätte der Kl. das Recht auf eine löschungsfähige Quittung einredeweise geltend machen können und dies nach § 767 Abs. 2 ZPO. sogar tun müssen; dagegen hätte er dieses Recht durch eine Feststellungsklage nicht mehr zur Anerkennung bringen können. Eine Feststellungsklage wäre solchenfalls an der Einrede der Rechtshängigkeit gescheitert. Nichts anderes aber habe zu gelten, wenn die Leistungsklage vor einem ausländischen Gericht erhoben sei und das von ihm zu erlassende Urt. von den deutschen Gerichten anerkannt werde.

Diesen Ausführungen kann auch abgesehen davon, daß die von der Rev. angezogene Vorschrift der deutschen ZPO. für das Verfahren vor den Schweizer Gerichten nicht gilt, nicht gefolgt werden. Die Rechtsbetrachtung der Rev. trifft schon für das deutsche Prozeßrecht nicht zu. Richtig ist an ihr nur, daß sich der Kl., der zugleich dinglicher Schuldner ist, gegenüber der Schuldklage mit dem Recht auf Quittungserteilung einredeweise verteidigen könnte und daß ihm, wenn er dies unterläßt, die Vorschrift im § 767 Abs. 2 ZPO. verwehrt, das bezeichnete Recht späterhin noch gegenüber der Vollstreckung eines auf Zahlung lautenden Urt. geltend zu machen. Denn zu den von jener Vorschrift ergriffenen „Einwendungen, welche den durch das Urt. festgestellten Anspruch selbst betreffen" (§ 767 Abs. 1), gehören alle Einwendungen, die den Anspruch nach sachlichem Recht tilgen oder ihn, sei es auch nur zeitweilig, entkräften. Darunter fällt die Einrede des Zurückbehaltungsrechts (Jonas, § 767 A. II 1), wie sie nach § 1144 i. Verb. m. §§ 273, 274 BGB. dem Eigentümer, der gleichzeitig persönlicher Schuldner ist, auch gegenüber der Schuldklage zusteht (vgl. RGZ. 55, 227). Zwar entsteht das Recht auf Quittungserteilung erst mit der Befriedigung des Gläubigers. Doch genügt es zur Begründung eines Zurückbehaltungsrechtes allgemein, daß der Gegenanspruch erst mit Erfüllung der geschuldeten Leistung zur Entstehung gelangt (RGZ. 82, 25), und deshalb ist i. S. des § 767 Abs. 2 ZPO. der Grund des Zurückbehaltungsrechts schon vor dem dort bezeichneten Zeitpunkt entstanden.

Rechtsirrig ist dagegen die den Ausführungen der Rev. ersichtlich zugrunde liegende Ansicht, daß die bezeichnete Vorschrift der ZPO. den Kl. hindere, das gegenüber der Zahlungsklage nicht einredeweise geltend gemachte Recht auf Quittungsleistung später anderweitig und insonderheit mit Hilfe einer Feststellungsklage gegenüber dem Bekl. zu verfolgen. Die Klage aus § 767 ZPO. ist für den Schuldner nur der einzige Rechtsbehelf, um sachliche Einwendungen zur Abwendung der Vollstreckung geltend zu machen. Dagegen bleibt durch die Vorschrift im § 767 Abs. 1 ZPO. grundsätzlich unberührt das Recht des Schuldners, die darin bezeichneten Einwendungen in einem anderen Prozeß, sei es auch zur Abwehr des sachlichen Anspruchs selber vorzubringen. Freilich kann dann der im § 767 Abs. 2 ZPO. zunächst nur für das Gebiet der Vollstreckungsgegenklage ausgesprochene Gedanke des Ausschlusses verspätet vorgebrachter Verteidigungsmittel auch die sachliche Rechtslage beeinflussen und beispielsweise dahin führen, daß die Aufrechnung gegen eine Urteilsforderung sachlich-rechtlich wirkungslos bleibt, wenn die Aufrechnung infolge der verordneten Ausschließung eine Vollstreckungsgegenklage nicht begründen könnte (RG.: SeuffArch. 89, 161 = ZZP. 59, 226). So wenig aber in einem solchen Fall die Wirkungslosigkeit der Aufrechnung den Schuldner hindert, die vergeblich zur Aufrechnung gestellte Forderung zwecks Einziehung einzuklagen, so wenig kann ihm durch § 767 Abs. 2 ZPO. verwehrt sein, den Anspruch, dessentwegen er gegenüber einem Anspruch des Gläubigers hätte zurückhalten können, im Prozeßwege geltend zu machen. Der Kl. könnte zweifellos gemäß § 1144 BGB. auf Erteilung der Löschungsbewilligung Zug um Zug gegen Befriedigung des Bekl. klagen. Dann aber muß es ihm — sofern nur das vom BG. noch nicht geprüfte, im § 256 ZPO. vorausgesetzte rechtliche Interesse vorliegt — auch freistehen, auf Feststellung des aus § 1144 BGB. für ihn sich ergebenden Rechts in gleichem Sinne Klage zu erheben. Selbst wenn der in der Schweiz angestrengte Rechtsstreit schon zu rechtskräftiger Feststellung des dort erhobenen Zahlungsanspruchs geführt hätte, läge die Sache nicht anders; denn nach § 322 Abs. 1 ZPO. erstreckt sich die Rechtskraft auf Gegenrechte, die wie das Zurückbehaltungsrecht nur auf Einrede zu berücksichtigen sind, nicht einmal dann, wenn die Einrede erhoben ist (Jonas § 322 V 2 b). Auch das zeigt, daß die Einrede der Rechtshängigkeit nicht begründet sein kann. Denn sie erfordert Übereinstimmung (Identität) des Streitgegenstandes in beiden Prozessen, während Rechtskraftwirkung schon die Entscheidung einer Vorfrage haben, insofern also Präjudizialität genügen kann (RGZ. 50, 416; Jonas § 263 III 2).

Zu dem neuen Berufungsantrag des Kl. unter Ziff. 1 bemerkt die Rev., der Kl. habe vor dem Schweizer Gericht geltend gemacht, daß er sich durch Reichsmarkzahlung auf Sperrkonto von der Schuld befreien könne, und das Schweizer Gericht, dessen Urteil im Fall der Rechtskraft in Deutschland anerkannt werde, habe diese Verteidigung zurückgewiesen. Das ist richtig, trifft aber nicht den Kern der Sache. Der Kl., der einen auf Zahlung in der Schweiz gerichteten Anspruch bestreitet, weil er sich nur zur Zahlung in B. für verpflichtet hält, will in dem vorliegenden Rechtsstreit eine Entscheidung darüber herbeiführen, ob er dieser Verpflichtung nach Maßgabe der deutschen Devisengesetzgebung zu genügen hat. Darüber braucht aber, wie oben gesagt wurde, in dem Schweizer Rechtsstreit nicht notwendig entschieden zu werden. Deshalb greift die Einrede der Rechtshängigkeit auch gegenüber dem neuen Antrag zu 1 nicht durch.

2. Die im vorstehenden als richtig erkannte Entsch. des KG. beschränkt sich inhaltlich auf die Verwerfung der prozeßhindernden Einrede der Rechtshängigkeit. Damit ist der Streit über die vom Kl. erhobene Feststellungsklage noch nicht

beendet. Deshalb ist i. S. des § 538 Abs. 1 ZPO. eine weitere Verhandlung der Sache erforderlich. Daß sich die Verhandlung im ersten und übrigens auch im zweiten Rechtszug tatsächlich bereits auf andere, den Streitstoff insgesamt erschöpfende Punkte erstreckt hat und deshalb die Sache, soviel zu ersehen ist, für das KG. im ganzen spruchreif gewesen wäre, ist für die Anwendung der angezogenen Vorschrift ohne Bedeutung (RGZ. 12, 277; 61, 409; 97, 212; RG.: JW. 1937, 813). Es kommt vielmehr nur noch darauf an, ob die zweite Voraussetzung für die Zurückverweisung gegeben, d. h. vom LG. nur über die prozeßhindernde Einrede entschieden worden ist. Trifft das zu, dann war für das KG. der Rechtsstreit im übrigen noch nicht entscheidungsreif, weil den Parteien — das ist der Grundgedanke der Vorschrift — der erste Rechtszug nicht entgehen soll. Anderenfalls mußte das KG. selber in der Sache abschließend entscheiden.

a) Tatsächlich hat nun, worauf die Rev. hinweist, das LG. die Abweisung der ursprünglichen Klageanträge zu 1 und 3, an deren Stelle die neuen Klageanträge getreten sind, hilfsweise auch damit begründet, daß es an dem von § 256 ZPO. vorausgesetzten rechtlichen Interesse für die vom Kl. erbetene Feststellung fehle. Wenn das KG. in eine Prüfung auch dieses Entscheidungsgrundes eingetreten wäre, hätte es zu einer Zurückverweisung nicht kommen können; denn die unterbliebene Prüfung hätte entweder zur Zurückweisung der Berufung oder dazu führen müssen, daß das KG. in der Sache selbst entschied. Zwar ist der zweite Entscheidungsgrund des LG. ebenfalls dem Prozeßrecht entnommen und das RG. hat die Vorschrift im § 538 Abs. 1 Ziff. 2 ZPO. für entsprechend anwendbar erklärt, wenn im ersten Rechtszug aus anderen als den in § 274 Abs. 2 ZPO. aufgeführten verfahrensrechtlichen Gründen entschieden worden ist und dieser Entscheidungsgrund im zweiten Rechtszug nicht gebilligt wird (RGZ. 123, 194 = JW. 1929, 637[5]; RGZ. 133, 365; RG.: JW. 1937, 813). In zweien der damals beurteilten Fälle handelte es sich um das auf § 272 Abs. 3 HGB. gestützte Verlangen nach Sicherheitsleistung, das keine prozeßhindernde Einrede begründet; im dritten Fall hat das RevG. in sinngemäßer Anwendung des § 538 Abs. 1 Ziff. 2 ZPO. zurückverwiesen, weil beide Vorinstanzen die Klage wegen eines Mangels der Klagezustellung zu Unrecht abgewiesen hatten. In solchen und ähnlichen Fällen ist eine entsprechende Anwendung des § 538 Abs. 1 Ziff. 2 ZPO. nach dem Zweck der Vorschrift wegen Gleichheit des Rechtsgrundes geboten. Doch muß es sich immer um eine Prozeßvoraussetzung handeln, die wie die aus § 274 Abs. 2 ZPO. zu entnehmenden gegeben sein muß, um dem Gericht überhaupt ein Sachurteil, nicht nur ein dem Kl. günstiges, zu ermöglichen. Zu diesen Prozeßvoraussetzungen gehört das von § 256 ZPO. geforderte rechtliche Interesse am Feststellungsurteil nicht (vgl. RGZ. 71, 68 = JW. 1909, 316). Denn dessen Fehlen verwehrt dem Richter nicht die Sachprüfung und folglich nicht die Abweisung in der Sache selbst (Jonas § 538 I, IV, § 300 II C 1, § 256 III). Die gebotene Folgerung, daß bei Abweisung der Feststellungsklage mangels rechtlichen Interesses durch den ersten Richter und bei Mißbilligung dieses Entscheidungsgrundes durch das vom Kl. angegangene BG. unter Umständen die ganze Sachprüfung tatsächlich in die zweite Instanz verlegt wird, wird denn auch, soviel bekannt, nirgends mit dem Hinweis auf eine aus § 538 Abs. 1 Ziff. 2 ZPO. zu entnehmende Abhilfemöglichkeit abgelehnt. Vielmehr entspricht es allgemeiner Rechtsüberzeugung und Rechtsübung, daß solchenfalls das BG. nach der Regelvorschrift im § 537 ZPO. selber zu entscheiden hat.

b) Unerachtet der vom LG. gegebenen Hilfsbegründung wäre die Zurückverweisung nicht statthaft gewesen, wenn der vom Kl. erhobene Anspruch erst durch eine Klageänderung im zweiten Rechtszug aus einem bereits anderweit in Streit befangenen ein noch nicht rechtshängiger Anspruch geworden wäre. Denn neuen Prozeßstoff, der ihm auf diese Art vorgetragen wird, muß das BG. selber erschöpfend prüfen. In einem solchen Falle verschlägt es nichts, daß die Parteien dadurch eine Instanz verlieren. Denn das ist nur eine Folge aus der Zulassung der Klageänderung im zweiten Rechtsgang. Der erste Richter hat dann eben über den ihm unterbreiteten Streitstoff vollständig erkannt, so daß eine Zurückverweisung der Sache aus § 538 Abs. 1 Ziff. 2 so wenig wie etwa aus § 539 ZPO. zu rechtfertigen wäre.

Das KG. hält die vorstehend wiedergegebenen, in RGZ. 29, 416 entwickelten Rechtssätze hier nicht für maßgebend, weil der Bekl. anders als in dem dort entschiedenen Fall auch gegenüber den neuen Klageanträgen die Einrede der Rechtshängigkeit vorgeschützt habe. Doch ist dies nur ein unwesentlicher Unterschied, auf dem RG. a. a. O. nicht ruht. Der tragende Grund war die Erwägung, daß der im zweiten Rechtszug allein noch zur Entscheidung stehende Antrag im Wege der Klageänderung neu in diese Instanz eingeführt worden und hier von Amts wegen auf die Zulässigkeit des Rechtsweges (um die es sich damals handelte) zu prüfen war. Das RG. hat später auch wiederholt entschieden, daß es für die Anwendung des § 538 Abs. 1 Ziff. 2 ZPO. nicht auf die Geltendmachung des Prozeßhindernisses im Wege der Einrede ankomme (RGZ. 70, 179; 123, 194 = JW. 1929, 637[5]). Ist die Rechtshängigkeit, was offen bleiben kann, nicht von Amts wegen zu beachten, so war die Erhebung einer auf sie gestützten Einrede Voraussetzung für ihre Berücksichtigung gegenüber neuen Klageanträgen im zweiten Rechtszug, aber für sich allein kein Grund für die Zurückverweisung.

Dennoch hat das KG. im Ergebnis recht. Die zum Vergleich gestellten Fälle unterscheiden sich wesentlich dadurch, daß im vorliegenden Fall der Kl. seine Klage nicht geändert hat. Das KG. hat darüber nicht entschieden, sondern nur ausgesprochen, daß, wenn eine Klageänderung anzunehmen sei, sie als sachdienlich zugelassen werde. Das RevG. ist deshalb durch die Vorschrift im § 270 ZPO. nicht gehindert, die Frage nach einer Klageänderung selbständig zu entscheiden. Der Kl. hat im zweiten Rechtszug seine Klageanträge lediglich erweitert, ohne hierbei den Klagegrund zu ändern. Darin liegt nach § 268 ZPO. keine Änderung der Klage. Der Klageanspruch hat sich also nicht erst im zweiten Rechtszug in einen nicht rechtshängigen Anspruch verwandelt. Mit dem Prozeßmangel doppelter Rechtshängigkeit ist die Klage von vornherein nicht behaftet gewesen. Das Urt. des KG. betrifft mithin denselben, im Sinne der ZPO. (§ 268) nur unwesentlich veränderten Anspruch, den das LG. infolge eines Rechtsirrtums auf die Einrede der Rechtshängigkeit hin abgewiesen hat. Aus diesem Grunde können die in RGZ. 29, 416 enthaltenen Rechtssätze auf den Streitfall nicht angewendet werden.

c) Die Entsch. über die Rev. hängt daher, soweit sie sich gegen die Zurückverweisung der Sache an das LG. wendet, allein davon ab, ob das KG. die vom LG. gegebene Hilfsbegründung, wie geschehen, unbeachtet lassen durfte. Diese Hilfsbegründung hatte bei rein denkgesetzlicher Betrachtung in das erste Urteil einen gewissen Widerspruch hineingetragen. Wenn das LG. die Klage abwies, weil ihr das Prozeßhindernis der doppelten Rechtshängigkeit entgegenstehe, konnte es nicht zur Gewinnung eines zweiten selbständigen Abweisungsgrundes über dieses Hindernis hinwegsehen und die Klage auf das Vorliegen der im § 256 ZPO. aufgestellten besonderen Rechtsschutzvoraussetzung hin prüfen. Denn eine solche Prüfung setzte Entscheidungsbefugnis in der Sache selbst voraus und gerade diese Befugnis hatte das LG. mit dem ersten Abweisungsgrund verneint. So gesehen, würde das Urteil des LG. der erforderlichen Bestimmtheit entbehren, insofern es ungewiß ließ, welcher der in der Tragweite verschiedenen Abweisungsgründe, die sich untereinander ausschließen, gelten sollte. Die Rechtskraftwirkung des zweiten Abweisungsgrundes würde, obzwar auch er auf verfahrensrechtlichem Gebiete liegt, doch eine andere sein als die des ersten.

Daraus folgt aber nicht, daß das BG., nachdem das erste Urteil nicht rechtskräftig geworden, sondern mit dem zulässigen Rechtsmittel angefochten worden ist, die Hilfsbegründung hätte übergehen dürfen. Freilich ist es mit der Bemerkung der Rev., daß auf die Einrede der Rechtshängig-

keit verzichtet werden könne, nicht getan; es ist nicht zu ersehen, inwiefern hieraus auf die Notwendigkeit der Berücksichtigung einer derartigen Hilfsbegründung sollte geschlossen werden können, nachdem die Einrede nun einmal erhoben worden ist. Allein die Zulassung von Rechtsmitteln bezweckt eine schleunige und zuverlässig richtige Rechtsfindung und steht damit im Dienst einer vorwiegend rechtspolitischen Aufgabe, bei deren Erfüllung rechtstheoretische Erwägungen hinter die Anforderungen einer praktischen Handhabung der Prozeßordnung zurücktreten müssen. Überdies ergibt sich auch bei einer nur logischen Betrachtungsweise, daß dem unteren Richter die von ihm beanspruchte weitere Entscheidungsbefugnis nicht fehlte, wenn der höhere Richter angerufen wird und dahin entscheidet, daß der erste rein prozessuale Abweisungsgrund nicht zu Recht bestehe.

Nun ist zwar richtig, daß das RG. in solchen Fällen die Hilfsbegründung als nicht geschrieben behandelt (RGZ. 41, 369; 105, 196; 153, 216 = JW. 1937, 1250[16]; RG.: JW. 1937, 813; 1938, 966[28]; auch RArbG. 18, 216 [221]; zweifelnd RGZ. 144, 369 = JW. 1934, 2236[4]) und daß, obwohl die ergangenen Urteile sich meist auf die Abweisung zugleich aus einem rein prozessualen und aus einem der Sache selbst entnommenen materiell-rechtlichen Grunde beziehen, es entscheidend doch auf die auch im Streitfall gegebene Unvereinbarkeit der mehreren Abweisungsgründe ankommt. Indessen betrifft diese Rspr. die auf *Revision* ergehenden Entscheidungen. Für das abweichend geordnete Berufungsverfahren gilt sie nicht. Das BG. hat — anders als das nur mit der Rechtsanwendung befaßte RevG. — nach § 537 ZPO. über alle einen zuerkannten oder aberkannten Anspruch betreffenden Streitpunkte zu befinden, über die nach den Anträgen entschieden werden muß, selbst wenn über diese Streitpunkte im ersten Rechtszug nicht entschieden worden war. Mithin hat zunächst im Bereich dieser Vorschrift das BG., falls es entgegen dem ersten Richter den rein verfahrensrechtlichen Abweisungsgrund mißbilligt, in der Sache selbst zu entscheiden und dabei erforderlichenfalls auch den hilfsweise gegebenen weiteren Abweisungsgrund des ersten Richters nachzuprüfen. Die Fiktion, daß die Hilfsbegründung nicht vorhanden sei, hat hier keine Bedeutung; ein Zurückgreifen auf diese würde keine unstatthafte Änderung des angefochtenen Urteils zum Nachteil des Rechtsmittelklägers bedeuten. So wird die Rechtslage auch von *Jonas* (§ 537 II 2 Abs. 2) beurteilt, der in dem gedachten Fall als Aufgabe des BerR. die Sachprüfung und als Aufgabe des RevR. die Zurückverweisung der Sache bezeichnet. Aber auch im Bereich des § 538 Abs. 1 Ziff. 2 ZPO. kann nach dem oben bereits angegebenen Grundgedanken der Vorschrift nichts anderes gelten. Mit jener Fiktion ließe sich eine Zurückverweisung der Sache im vorliegenden Falle nicht rechtfertigen. Das LG. hat tatsächlich nicht nur über die prozeßhindernde Einrede befunden, sondern ist — wie die hier gebilligte Rechtsauffassung des BG. überdies zeigt, befugtermaßen — in eine Prüfung der Klage, sei es auch nur auf eine besondere Rechtsschutzvoraussetzung hin, eingetreten und hat darüber entschieden. Diese Tatsache bestimmte die Grenzen des Anfalls der Sache an das BG. und stand folglich einer Zurückverweisung nach § 538 Abs. 1 Ziff. 2 ZPO. entgegen (ebenso *Jonas* § 538 IV). Ob sich die Zurückverweisung aus § 539 ZPO. hätte rechtfertigen lassen, bedarf schon deshalb keiner Erörterung, weil das BG. von dieser auf sein Ermessen abstellenden Vorschrift keinen Gebrauch gemacht hat.

(RG., V. ZivSen., U. v. 25. Aug. 1938, V 32/38.) [Ba.]

*

41. KG. — § 867 ZPO.; §§ 875, 1168 BGB. Besteht für den Gläubiger einer vollstreckbaren Forderung bereits eine Zwangshypothek in voller Höhe der Forderung, so ist die Eintragung einer weiteren Zwangshypothek wegen derselben Forderung nur zulässig, wenn und soweit die erste gelöscht wird oder der Gläubiger auf sie wirksam verzichtet. Die Aushändigung einer Löschungsbewilligung oder einer Verzichtserklärung des Gläubigers in grundbuchmäßiger Form an den Schuldner genügt nicht.

Für den BeschwF. sind zur Sicherung einer vollstreckbaren Forderung von 20 000 *RM* auf einem Grundstücke des Schuldners eine Briefhypothek, auf einem anderen eine Zwangshypothek in voller Höhe eingetragen. Unter Vorlegung einer dem Schuldner zugestellten vollstreckbaren Ausfertigung der Schuldurkunde beantragte der BeschwF., im Grundbuche eines dem Schuldner gehörigen dritten Grundstücks eine neue Zwangshypothek von 20 000 *RM* zu seinen Gunsten einzutragen. Er gab an, er habe dem Schuldner wegen der ersten Zwangshypothek eine Löschungsbewilligung ausgehändigt. Das GBA. wies den Eintragungsantrag, das LG. die Beschw. zurück. Auch die weitere Beschw. hatte keinen Erfolg.

Dem BeschwF. ist zwar darin beizutreten, daß das Bestehen der Briefhypothek, also einer Vertragshypothek, für die zu sichernde Forderung der beantragten Eintragung einer Zwangshypothek an sich nicht entgegensteht. In der Beurteilung dieser zweifelhaften Rechtsfrage ist der Senat nach anfänglichem Schwanken (vgl. KGJ. 25, A 294; 44, 285) der Ansicht des RG. beigetreten, das in RGZ. 98, 106 die Zulässigkeit einer Zwangshypothek neben einer Vertragshypothek für dieselbe Forderung bejaht hat (vgl. HöchstRRspr. 1935 Nr. 1578 = JW. 1935, 3562[39]). Auch die Vorinstanzen vertreten aber insoweit keinen abweichenden Standpunkt. Die Zurückweisung des Eintragungsantrages ist vom LG. vielmehr lediglich darauf gestützt, daß für die Forderung des Gläubigers auf einem anderen Grundstücke des Schuldners bereits eine Zwangshypothek zum vollen Forderungsbetrage eingetragen ist und die Eintragung einer weiteren Zwangshypothek infolgedessen gegen § 867 Abs. 2 ZPO. verstoßen würde.

Nach dieser Vorschrift ist in dem Falle, daß mehrere Grundstücke des Schuldners mit der Zwangshypothek belastet werden sollen, der Betrag der Forderung auf die einzelnen Grundstücke nach Bestimmung des Gläubigers zu verteilen. Hat der Gläubiger ein Grundstück bereits mit einer Zwangshypothek zum vollen Betrage der Forderung belastet, so ist nach diesem Grundsatze die nunmehr von ihm beantragte Eintragung einer weiteren Zwangshypothek auf einem anderen Grundstück des Schuldners abzulehnen, solange die erste Hypothek in vollem Umfange bestehen bleibt. Nur wenn und soweit der Gläubiger die dingliche Sicherung an dem ersten Grundstück aufgibt, wird die Eintragung einer weiteren Zwangshypothek zulässig (RGZ. 98, 106).

Dieser Zustand tritt in jedem Falle ein, wenn die bisherige Zwangshypothek ganz oder teilweise im Grundbuch gelöscht wird. Der Gläubiger hat aber die rechtliche Möglichkeit, die ihm durch die Zwangshypothek gewährte dingliche Sicherheit auch ohne deren Löschung im Grundbuch aufzugeben, nämlich indem er auf die Hypothek gemäß § 1168 BGB. verzichtet. Nach § 1168 Abs. 2 ist der Verzicht dem GBA. oder dem Eigentümer gegenüber zu erklären und bedarf zu seiner Wirksamkeit der *Eintragung* in das Grundbuch.

Die Ausstellung einer Löschungsbewilligung durch den Gläubiger erfüllt diese Voraussetzung ebensowenig wie die bloße Erklärung eines Verzichts, auch wenn diese Erklärungen bereits in grundbuchmäßiger Form dem Schuldner ausgehändigt und damit für den Gläubiger unwiderruflich geworden sind (§§ 875 Abs. 2, 1168 Abs. 2 S. 2 BGB.). Denn in diesem Falle besteht bis zur Löschung der Hypothek oder der Eintragung des Verzichts im Grundbuch die Sicherung für den Gläubiger fort. Der Umstand, daß der Schuldner jederzeit die Möglichkeit hat, die Zwangshypothek zur Löschung zu bringen oder den Verzicht des Gläubigers durch Eintragung im Grundbuch wirksam zu machen, steht dem Wegfall dieser Sicherung nicht gleich. Der Schuldner mag u. U. ein Interesse daran haben, die Hypothek für den Gläubiger bestehen zu lassen, und gibt diesem womöglich nach Eintragung der zweiten Zwangshypothek die Löschungsbewilligung oder die Verzichtserklärung zurück. Dann besteht aber der unerwünschte Zustand, der durch § 867 Abs. 2 ZPO. gerade vermieden werden soll, daß für den Gläubiger zwei Zwangshypotheken auf mehreren Grundstücken des Schuldners in voller Höhe der Forderung eingetragen sind.

Es ist zwar richtig, daß die genannte Vorschrift in erster Linie dem Schutze des Schuldners dient und verhindern will, daß der Gläubiger sich im Zwangswege eine den Schuldner über Gebühr belastende Sicherung verschaffen kann. Daraus ist aber nicht zu schließen, daß es im Belieben des Schuldners steht, auf diesen Schutz im einzelnen Falle zu verzichten. Vielmehr stellt § 867 ZPO. für den Grundbuchrichter in bindender Weise die Voraussetzungen fest, unter denen die Eintragung von Sicherungshypotheken im Wege der Zwangsvollstreckung zulässig ist. Für diesen ist es deshalb ohne Bedeutung, ob der Gläubiger seinerseits das Erforderliche zur Aufgabe der ersten Zwangshypothek getan hat und es nur noch vom Schuldner abhängt, daß die Voraussetzungen für die Eintragung einer zweiten Zwangshypothek bisher nicht erfüllt sind. Es trifft auch nicht zu, daß bei einem solchen Standpunkte der Gläubiger einer schikanösen Ausnutzung der Lage durch den

Schuldner preisgegeben ist, der nach seinem Belieben die vom Gläubiger bewilligte Löschung oder den erklärten Verzicht nicht in das Grundbuch eintragen lassen und damit die Eintragung einer anderen Zwangshypothek verhindern kann. Der Gläubiger hat jederzeit die Möglichkeit, auch ohne Mitwirkung des Schuldners den Verzicht auf die Hypothek gegenüber dem GBA. zu erklären und in das Grundbuch eintragen zu lassen. Einer Zustimmung des Eigentümers wie zur Löschung der Hypothek (§ 27 GBO.) bedarf es zu einer solchen Eintragung nicht (Güthe-Triebel § 27 Anm. 7).

(KG., 1. ZivSen., Beschl. v. 25. Aug. 1938, 1 Wx 371/38.) [H.]

*

42. OLG. — §§ 883 ff. ZPO. Die Pfändungsankündigung wegen eines Herausgabeanspruchs an Kindern ermangelt der Rechtswirksamkeit.

Auf die Herausgabe von Kindern finden die Vorschriften über die Zwangsvollstreckung zur Erwirkung der Herausgabe von Sachen gemäß §§ 883 ff. ZPO. Anwendung. Nach § 886 ZPO. ist, wenn die herauszugebende Sache oder das herauszugebende Kind sich im Gewahrsam eines Dritten befindet, dem Gläubiger auf dessen Antrag der Anspruch des Schuldners auf Herausgabe der Sache oder des Kindes nach den Vorschriften zu überweisen, welche die Pfändung und Überweisung einer Geldforderung betreffen. In Betracht kommt nur eine entsprechende Anwendung dieser Vorschriften. Während die Pfändung und Überweisung des Herausgabeanspruchs dem Gläubiger die Berechtigung verschaffen soll, den Anspruch auf Herausgabe des Kindes oder der Kinder gegen den Dritten geltend zu machen, ist die vorherige Ankündigung der Pfändung dieses Anspruchs ohne rechtliche Bedeutung. Es liegt hier anders als bei der Zwangsvollstreckung wegen einer Geldforderung, bei der die vorherige Benachrichtigung an den Drittschuldner die Wirkung eines Arrestes hat. Eine solche Wirkung scheidet hier, wo es sich um die Herausgabe von Kindern handelt, völlig aus. Die beiden vom BeschwF. vorgenommenen Pfändungsankündigungen haben schlechthin keine rechtliche Wirkung. Die Kosten solcher rechtlich belanglosen Maßnahmen können (vgl. KG.: JW. 1930, 193) eine Gebühr nicht auslösen.

(OLG. Kiel, 2. ZivSen., Beschl. v. 30. Mai 1938, 2 a W 30/38.)

*

43. KG. — § 895 ZPO. Auf ein vorläufig vollstreckbares Feststellungsurteil, in dem der Inhalt grundbuchlicher Willenserklärungen derart klargestellt wird, daß sie nach Rechtskraft zu weiteren Grundbucheintragungen führen, findet § 895 ZPO. sinngemäße Anwendung.

Der eingetragene Eigentümer der im Grundbuche von W. Bl. 77, 246, 289 und 815 eingetragenen in W. Bahnhofstraße 50/51 belegenen Grundstücke G. wurde auf die Klage der BeschwF. durch rechtskräftig gewordenes Urteil v. 16. Jan. 1931 verurteilt, die Auflassung des Grundstücks Bl. 289 an die BeschwF. zu erteilen. In notarischer Verhandlung v. 31. Mai 1932 nahm die BeschwF. die Auflassung an und beantragte ihre Eintragung im Grundbuch. Diesem Antrage gab das GBA. statt. Auf eine erneute Klage der BeschwF. gegen G. hat das KG. im zweiten Rechtszuge durch vorläufig vollstreckbares Urt. v. 18. März 1938 u. a. dahin entschieden:

Es wird festgestellt, daß die von dem Bekl. auf Grund des Urteils v. 16. Jan. 1931 erteilte und von der Kl. am 31. Mai 1932 entgegengenommene Auflassung außer dem Grundstück Bl. 289 auch die Grundstücksteile Bl. 77, 246 und 815 betraf, so daß auf Grund dieser Auflassung auch diese Grundstücksteile im Grundbuche auf die Kl. als Eigentümerin umzuschreiben sind.

Unter Vorlegung einer Ausfertigung dieses Urteils beantragte die BeschwF. beim GBA., sie auch als Eigentümerin der Grundstücke Bl. 77, 246 und 815 einzutragen, hilfsweise zu ihren Gunsten einen Widerspruch gegen die Richtigkeit der Eigentumseintragung im Grundbuch zu vermerken. Das GBA. beanstandete den Antrag durch Zwischenverfügung u. a. dahin, daß die Rechtskraft des Urteils nachzuweisen sei. Die hiergegen gerichtete Beschw. wurde vom LG. zurückgewiesen. Der weiteren Beschw., mit der hilfsweise auch die Eintragung einer Vormerkung verlangt wurde, gab das KG. hinsichtlich dieses Hilfsverlangens mit folgender Begründung statt.

Eine Unrichtigkeit des Grundbuchs i. S. der §§ 894 ff. BGB., § 22 GBO., die zu einer Grundbuchberichtigung führen könnte, wird von der BeschwF. jetzt selbst nicht mehr geltend gemacht. Sie liegt auch nicht vor, da durch die zugunsten der BeschwF. ergangenen Urteile von den beiden notwendigen Voraussetzungen eines Eigentumsüberganges — Auflassung und Eintragung (§§ 873, 925 BGB.) — lediglich die Auflassung ersetzt werden kann. Die BeschwF. meint, die Eigentumsumschreibung auf sie müsse auf Grund der früheren, das Grundstück Bl. 289 betreffenden Auflassung vorgenommen werden, da durch das Urteil des KG. klar gestellt sei, daß sich die damaligen Erklärungen der Beteiligten in Wahrheit auch auf die Grundstücke Bl. 77, 246 und 815 erstreckt hätten. Ein solches Verlangen wäre indessen erst berechtigt, wenn das Urteil des KG. die Rechtskraft erlangt hätte. Es handelt sich dabei nach dem Urteilsausspruch, wie auch nach der Begründung, um ein Feststellungsurteil. Der dem Klageantrage entsprechende Nachsatz zu der Feststellung in der Urteilsformel: „so daß auf Grund dieser Auflassung auch diese Grundstücksteile im Grundbuche auf die Kl. als Eigentümerin umzuschreiben sind“ ändert daran nichts; er läßt lediglich erkennen, wie sich die klagende BeschwF. und das Prozeßgericht die praktische Auswertung des Feststellungsurteils gedacht haben. Eine weitere Bedeutung kommt ihm nicht zu. Das GBA. ist daran nicht gebunden und wird dadurch der eigenen Prüfung der Rechtsfolgen der Feststellung für das Grundbuch nicht enthoben.

Das Feststellungsurteil hat die Wirkung, daß unter den streitenden Parteien das festgestellte Rechtsverhältnis — hier also der Rechtsinhalt der früheren Auflassungserklärungen — nunmehr unabänderlich feststeht. Diese Wirkung tritt aber erst ein, wenn das Urteil rechtskräftig geworden ist. Bis dahin besteht die Möglichkeit, daß es abgeändert wird. Die vorläufige Vollstreckbarkeit, die bei einer der Vollstreckung fähigen Entscheidung zur Vornahme der Zwangsvollstreckung — allerdings auf Gefahr des Vollstreckenden — ausreicht, ist bei Feststellungsurteilen, die nicht vollstreckt werden können, in der Regel ohne Bedeutung.

Die BeschwF. macht weiter geltend, auch vor der Rechtskraft müsse das Urteil des KG. den Grundbuchrichter zu der Nachprüfung veranlassen, auf welchen Grundbesitz sich die früheren Auflassungserklärungen bezogen hätten, und wenn er jetzt mit dem KG. die Erklärungen dahin auslege, daß das ganze Grundstück Bahnhofstraße 50/51 aufgelassen werden sollte, also auch die Grundbuchblätter 77, 246 und 815, so müsse er schon jetzt die Eigentumsumschreibung auf die BeschwF. auch in diesen Grundbüchern vornehmen. Das ist an sich zutreffend. Auch die Erklärungen der Beteiligten im Grundbuchverkehr sind der Auslegung fähig, und wenn eine nachträgliche Prüfung ergäbe, daß die anfängliche Auslegung der Auflassungserklärungen unrichtig, nämlich zu eng war, und daß in Wirklichkeit die Auflassung auch für weitere Grundstücke erklärt worden ist, so würde sich nunmehr die zur Zeit allein bewirkte Eigentumsumschreibung im Grundbuche Bl. 289 als unvollständige Erledigung des früheren Eintragungsantrages erweisen, die, falls nicht sonstige Hindernisse entgegenstehen, durch Nachholung der Eigentumsumschreibung im Grundbuch der übrigen aufgelassenen Grundstücke ergänzt werden könnte. Eine solche Auslegung der Auflassungserklärungen wird aber von den Vorinstanzen ersichtlich abgelehnt, weil diese Erklärungen — nämlich die Verurteilung des G. zur Erteilung der Auflassung v. 16. Jan. 1931 und deren Annahme v. 31. Mai 1932 — völlig eindeutig nur auf das Grundstück Bl. 289 lauten. Ein Rechtsverstoß ist darin nicht zu finden, weil das GBA. im Gegensatz zu dem Prozeßgericht bei der Auslegung einer grundbuchlichen Erklärung Umstände außerhalb der Urkunde im allgemeinen nicht berücksichtigen darf.

Ohne Rechtsirrtum hat das LG. ferner die mit der Beschw. hilfsweise begehrte Eintragung eines Widerspruchs zugunsten der BeschwF. abgelehnt. Eine solche Eintragung scheitert schon daran, daß, wie bereits erwähnt, eine Unrichtigkeit des Grundbuchs hinsichtlich der Eigentumseintragung nicht vorliegt.

Anlaß zu rechtlichen Bedenken gibt dagegen die Stellungnahme des LG. in bezug auf eine Anwendung des § 895 ZPO. auf den gegebenen Fall. Nach dieser Vorschrift gilt im Falle einer Verurteilung des Schuldners zur Abgabe einer Willenserklärung, auf Grund deren eine Eintragung in das Grundbuch erfolgen soll, die Eintragung einer Vormerkung oder eines Widerspruchs als bewilligt. Auf andere Urteile als solche auf Abgabe einer Willenserklärung findet § 895 grundsätzlich keine Anwendung. Die Vorschrift bezweckt, dem Gläubiger, der für sein Recht bereits einen vorläufig vollstreckbaren Titel erstritten hat, die mit der Verurteilung erstrebte endgültige Grundbucheintragung aber erst nach Eintritt der Rechtskraft erlangen kann, weil nach § 894 ZPO. dann erst die Eintragungsbewilligung des Schuldners als abgegeben gilt, bis dahin den grundbuchlichen Rang zu sichern und ihn davor zu bewahren, daß sein Recht durch andere Eintragungen vereitelt wird. Der sonst zur Eintragung einer Vormerkung oder eines Widerspruchs erforderlichen dahingehenden einstweiligen Verfügung (§§ 885, 899 BGB.) bedarf es in diesem Falle nicht.

Bei dem Urteil des KG. im vorl. Falle handelt es sich zwar, wie erwähnt, um ein reines Feststellungsurteil. Da die darin getroffene Feststellung aber die Bedeutung und Tragweite von Willenserklärungen betrifft, die bestimmungsgemäß als Unterlage für Grundbucheintragungen dienen und nach Rechtskräftigwerden des Urteils auf Grund des nunmehr unter den Beteiligten feststehenden erweiterten Inhalts der früheren Auflassungserklärungen tatsächlich zur Eigentumsumschreibung in den bisher nicht berücksichtigten Grundbuchblättern führen wird, so hat das Feststellungsurteil in diesem Falle für die Betroffenen dieselben Wirkungen wie eine Verurteilung zur Abgabe von grundbuchlichen Willenserklärungen, und zwar der beiderseitigen zur Auflassung erforderlichen Erklärungen. Diese Gleichartigkeit der Wirkungen rechtfertigt eine entsprechende Anwendung des § 895 ZPO. auf den vorl. Sachverhalt und läßt sie nach Sinn und Zweck der Vorschrift geboten erscheinen. Es ist kein vernünftiger gesetzgeberischer Grund erkennbar, weshalb in einem solchen Falle das vorläufig vollstreckbare Urteil, dessen Rechtskraft wie bei einem Urteil auf Abgabe einer Willenserklärung die endgültige Eintragung in das Grundbuch ermöglicht, abweichend von jenem als Grundlage für die Eintragung der vorläufigen Sicherungsmittel nicht ausreichen, sondern daneben die Erwirkung einer einstweiligen Verfügung erforderlich sein sollte.

Von den beiden im § 895 vorgesehenen Sicherungsmitteln kommt der Widerspruch hier nicht in Frage, weil eine Unrichtigkeit des Grundbuchs bisher nicht vorliegt. Vielmehr ist eine Vormerkung zur Sicherung des persönlichen Anspruchs der BeschwF. auf Übereignung der Grundstücke die gegebene Maßnahme. Nun hat allerdings die BeschwF. weder im ersten noch im zweiten Rechtszuge die Eintragung einer Vormerkung ausdrücklich verlangt, vielmehr hilfsweise neben ihrer Eigentumseintragung nur die Eintragung eines Widerspruchs erwähnt. Aus ihrem gesamten Vorbringen ist aber ersichtlich, daß sie bei Erfolglosigkeit ihres Hauptantrages eine vorläufige grundbuchliche Sicherung, und zwar jede zulässige Sicherung, erstrebte, gegebenenfalls also auch eine Vormerkung. Falls Zweifel in dieser Richtung bestanden, hätten das GBA. sowohl wie das an seine Stelle tretende BeschwG. auf eine Klarstellung des Antrages der BeschwF. hinwirken müssen. Daß der Antrag dann auch ausdrücklich auf die Eintragung einer Vormerkung erstreckt worden wäre, läßt die Ergänzung des Antrages in der weiteren Beschw. erkennen. Dann hätte aber die Eintragung von Vormerkungen zugunsten der BeschwF. auf den beteiligten Grundbuchblättern auf Grund der vorgelegten Ausfertigung des vorläufig vollstreckbaren kammergerichtlichen Urteils und des Antrages der BeschwF. angeordnet werden müssen.

(KG., 1. ZivSen., Beschl. v. 25. Aug. 1938, 1 Wx 364/38.) [H.]

Vollstreckungsmißbrauchgesetz

44. KG. — VollstrMißbrG. v. 13. Dez. 1934; § 18 VO. vom 26. Mai 1933; VollstrMaßnG. v. 22. März 1934. Ist dem Antrag eines Schuldners auf Vollstreckungsschutz nach § 18 VO. vom 26. Mai 1933 nicht oder nur zum Teil stattgegeben worden, so kann der Schuldner die Bestimmung, daß es gegen die Entscheidung des Vollstreckungsgerichts über Versagung des Vollstreckungsschutzes keine Beschw. gebe, nicht dadurch umgehen, daß er nunmehr seinen Antrag auf das VollstrMißbrG. v. 13. Dez. 1934 stützt. Das VollstrMißbrG. soll nicht dazu dienen, bei einer Mehrheit von Gläubigern den Ausgleich zwischen den Interessen dieser Gläubiger und des Schuldners zu schaffen; hierfür ist vielmehr nur das Vergleichsverfahren vorgesehen.

Der Gläubiger hat bei der Schuldnerin zwei Knopfbearbeitungsmaschinen pfänden lassen. Mit dem Vorbringen, daß sie außer dem pfändenden Gläubiger noch andere Gläubiger zu befriedigen habe und mit diesen in Verhandlungen über ratenweise Tilgung der Forderungen stehe, beantragte die Schuldnerin, ihr zu gestatten, die Schuld, derentwegen die Pfändung erfolgt war, in monatlichen Raten von 100 RM abzuzahlen. Nachdem das Vollstreckungsgericht diesem Antrag zum Teil, nämlich dahin stattgegeben hatte, daß es monatliche Raten von 150 RM zubilligte, änderte es seinen Beschluß auf die Vorstellung des Gläubigers dahin ab, daß es die Monatsraten auf etwa 400 RM erhöhte. Nachdem es dann einen Antrag der Schuldnerin, es bei dem früheren Monatsbetrag zu belassen, abgelehnt hatte, stellte die Schuldnerin erneut einen Antrag, ihr Monatsraten von 150 RM zu bewilligen, indem sie erklärte, daß sie nunmehr ihren Antrag auf das VollstrMißbrG. stütze. Das AG. lehnte diesen Antrag ab; die Beschw. der Schuldnerin hiergegen ist vom LG. mit der Begründung zurückgewiesen worden, daß die Entsch. des AG. in dem vorangegangenen Verfahren keiner Nachprüfung durch das LG. unterlegen hätten, und daß dies daher auch jetzt der Fall sein müsse, daß im übrigen die Voraussetzungen des VollstrMißbrG. nicht gegeben seien.

Die weitere Beschw. der Schuldnerin ist nicht begründet.

Angesichts der allgemeinen Fassung des VollstrMißbrG. vom 13. Dez. 1934 erscheint es zwar als selbstverständlich, daß der Schutz gegen Mißbrauch der Vollstreckungsmöglichkeit auch dahin gewährt werden kann, daß dem Schuldner Ratenzahlungen bewilligt werden können, und es kann weiter nicht zweifelhaft sein, daß ein solcher Schutz auch bei der Pfändung beweglicher Sachen gewährt werden kann. Trägt aber ein Schuldner zur Begründung seines Schutzantrages nur die Voraussetzungen vor, die § 18 VO. v. 26. Mai zur Gewährung des dort vorgesehenen Vollstreckungsschutzes gesetzt hat, so ist für die Anwendung des Ges. v. 13. Dez. 1934 kein Raum mehr; es muß insbes. bei der durch das zweite Gesetz über weitere Maßnahmen auf dem Gebiete der Zwangsvollstreckung v. 22. März 1934 getroffenen Regelung bleiben, daß das Rechtsmittel der Beschw. gegen die Entsch. über Versagung oder Gewährung von Vollstreckungsschutz nach der VO. vom 26. Mai 1933 ausgeschlossen ist. Es geht nicht an, daß ein Schuldner diese Bestimmung dadurch umgeht, daß er einen neuen Antrag desselben Inhalts wie den früheren nur mit der neuen Begründung stellt, daß jetzt der Antrag auf das Ges. v. 13. Dez. 1934 gestützt werde. Denn nachdem der Gesetzgeber schon in der VO. v. 26. Mai 1933 die weitere Beschw. ausgeschlossen hatte und dann durch das Ges. v. 22. März 1934 schon die erste Beschw. ausschloß, kann nicht angenommen werden, daß diese Beschränkung der Rechtsmittel durch das Ges. v. 13. Dez. 1934 hat aufgehoben werden sollen. Dieses Gesetz muß vielmehr dahin verstanden werden, daß es nur dann anzuwenden ist, wenn ein Schuldner über die VO. v. 26. Mai 1933 hinaus Behauptungen aufstellt, die einen über diese Verordnung hinausgehenden Schutz rechtfertigen.

Hiernach hat das LG. zu Recht angenommen, daß schon die erste Beschw. der Schuldnerin nicht zulässig war.

Es soll aber noch darauf hingewiesen werden, daß auch abgesehen hiervon dem Schutzantrag der Schuldnerin nicht stattzugeben wäre. Das Vorbringen der Schuldnerin läuft im wesentlichen darauf hinaus, daß sie auf eine gleichmäßige Befriedigung aller ihrer Gläubiger bedacht sein müsse, und daß sie die bei den verschiedenen Gläubigern vorgesehene ratenweise Befriedigung nicht werde durchführen können, wenn sie dem jetzt vollstreckenden Gläubiger etwa 400 RM monatlich zahlen müsse.

Ein solcher Einwand ist grundsätzlich nicht geeignet, die Anwendung des VollstrMißbrG. zu rechtfertigen. Ist ein Schuldner nicht mehr imstande seine Verpflichtungen zu erfüllen und will er gleichwohl die Fortführung seines Betriebes dadurch sichern, daß die Gläubiger zum Nachgeben bewogen werden sollen, so ist der hierfür gegebene Weg die Einleitung eines Vergleichsverfahrens. Die VerglO. v. 26. Febr. 1935 hat eine ganze Reihe von Voraussetzungen für das Vergleichsverfahren geschaffen, sie hat weiter bis ins einzelne gehende Vorschriften gegeben, um eine Benachteiligung der Gläubiger, insbes. der Gläubiger, die schon gepfändet haben, zu verhindern; es ist die Anhörung der Berufsvertretung vorgeschrieben und ferner eine Prüfung, ob der Schuldner seinen Vermögensverfall nicht etwa durch Leichtsinn verschuldet habe. Es liegt auf der Hand, daß es nun nicht Sache des Vollstreckungsrichters sein kann, ohne eine Nachprüfung aller in der VerglO. vorgesehenen Voraussetzungen kurzerhand zugunsten des Schuldners und zum Nachteil des gerade pfändenden Gläubigers Maßnahmen zu treffen, die darauf hinauslaufen, durch gleichmäßige Befriedigung aller Gläubiger einen Fortbestand des schuldnerischen Geschäfts zu sichern. Ein solches Verfahren würde dem Zweck der VerglO. widersprechen. Und andererseits kann es nicht die Aufgabe des Vollstreckungsrichters sein, im Rahmen eines Vollstreckungsschutzantrages, der sich doch nur gegen *einen* der beteiligten Gläubiger richtet, eine Art Vergleichsverfahren zu eröffnen. Er wird vielmehr den Antrag des Schuldners zurückzuweisen und diesen darauf hinzuweisen haben, daß er versuchen solle, das Vergleichsverfahren in Gang zu bringen. Sind dessen Voraussetzungen nicht gegeben, so wird man auch einem Gläubiger nicht einen Vorwurf daraus machen können, daß er bei seiner Vollstreckung beharrt.

(KG., 8. ZivSen., Beschl. v. 16. Sept. 1398, 8 W 3796/38.)

Reichsarbeitsgericht

**** 45. Rechtswirkung der Ehren- und Disziplinarordnung der Deutschen Arbeitsfront. †)**

Mit der Klage verlangt der Kl. als Angestellter der bekl. Deutschen Arbeitsfront Weiterzahlung seines vertraglichen Gehalts über den 30. Juni 1937 hinaus. Voraussetzung des Anspruchs ist, daß die unstreitig zu dem genannten Zeitpunkt ausgesprochene Kündigung das Angestelltenverhältnis nicht zur Lösung gebracht hat. Der Kl. ist der Ansicht, die Kündigung könne diese Wirkung nicht gehabt haben, sie sei vielmehr rechtsunwirksam, einmal weil die im § 19 der „Ehren- und Disziplinarordnung der Deutschen Arbeitsfront" angegebenen Voraussetzungen nicht erfüllt seien, zum anderen weil die Bekl. an das im Jahre 1936 gegen ihn ergangene ehrengerichtliche Urteil gebunden sei, das nur seine Versetzung in ein anderes Amt von gleichem Rang, aber keine Entlassung aus den Diensten der Bekl. ausgesprochen habe.

Beizupflichten ist dem Vorderrichter insofern, als er in der für die Deutsche Arbeitsfront erlassenen Ehren- und Disziplinarordnung keine die Arbeitsverträge der Angestellten ohne weiteres erfassende objektive Rechtsnorm sieht. In RArbG. 18, 42 = JW. 1937, 1183 [56] ist eine solche Rechtsetzungsbefugnis der Bekl. verneint worden. Davon abzugehen, liegt kein Anlaß vor. Nicht zu folgen ist aber dem Vorderrichter, wenn er meint, die Ehren- und Disziplinarordnung, insbes. § 19, müsse für alle Gefolgschaftsmitglieder, die ihren Dienst nach Kenntnisnahme des Inhalts fortsetzten, ohne weiteres als stillschweigend vereinbartes Recht gelten. Zwar unterwerfen sich die Angestellten der Bekl., die bei ihrer Einstellung den Empfang der für die Mitarbeiter der Deutschen Arbeitsfront erlassenen „Dienstordnung" und die Anerkennung ihres Inhalts in der Regel jetzt schriftlich bestätigen, damit der Ehren- und Disziplinargerichtsbarkeit der Deutschen Arbeitsfront. Damit wird aber der hier in Rede stehende § 19 der Ehren- und Disziplinarordnung noch nicht zum Vertragsinhalt. Der § 19 in seiner jetzigen Fassung v. 23. Jan. 1937 lautet:

„Die Kündigung eines im festen Angestelltenverhältnis zur DAF. stehenden Mitarbeiters kann nur ausgesprochen werden, wenn die Einleitung eines Verfahrens gegen den zu Kündigenden bei dem zuständigen DAF.-Gericht ordnungsmäßig beantragt oder ein Verfahren bei einem Partei- oder DAF.-Gericht bereits anhängig gemacht worden ist.

Eines solchen Verfahrens bedarf es nicht, wenn die Kündigung mit Sparmaßnahmen, organisatorischen Umstellungen oder mit unzureichender Leistung des zu Kündigenden nachweisbar begründet werden kann."

Es kann nun nicht angenommen werden, daß die Bekl. mit dieser Vorschrift eine Bindung oder Verpflichtung ihren Angestellten gegenüber hat eingehen wollen. Die regelmäßig durch besondere Anerkennung zum Vertragsinhalt gemachte „Dienstordnung" enthält unter Nr. 14 genaue Vorschriften über Kündigung und Entlassung der Angestellten. Es muß angenommen werden, daß die dort festgelegten Kündigungsbeschränkungen für den Vertragsinhalt erschöpfend sein sollten. Es wäre nicht zu verstehen, warum nicht wenigstens ein kurzer Hinweis auf die weitere in § 19 der Ehren- und Disziplinarordnung enthaltene Kündigungsbeschränkung unter Nr. 14 der „Dienstordnung" aufgenommen ist, wenn der Inhalt des § 19 auch als bindender Vertragsinhalt gewollt wäre.

Weiter spricht auch der Inhalt des § 19 gegen einen Verpflichtungswillen der Bekl. Zwar deuten die einleitenden Worte „Die Kündigung ... kann nur ausgesprochen werden, wenn ..." bis zu einem gewissen Grade auf einen Verpflichtungswillen hin, der übrige Inhalt spricht jedoch durchaus dagegen. Die Vorschrift, daß die Kündigung nur ausgesprochen werden kann, wenn mindestens die „Einleitung" eines Verfahrens gegen den zu Kündigenden bei dem zuständigen DAF.-Gericht „beantragt" ist, wäre als Vertragsinhalt wenig verständlich. Man hat den § 19 lediglich als eine innerdienstliche Anweisung der Bekl. an ihre mit den Kündigungen befaßten Dienststellen aufzufassen, denen damit die dienstliche Verpflichtung auferlegt wird, im Interesse der Arbeitsehre aller Mitarbeiter der Deutschen Arbeitsfront bei etwa notwendig werdenden Kündigungen besonders vorsichtig vorzugehen. Die betreffenden Dienststellen haben regelmäßig auch darüber zu entscheiden, ob Anlaß zur Beantragung eines ehrengerichtlichen Verfahrens vorliegt. Ein solcher Antrag bedarf in jedem Fall einer sorgfältigen Prüfung aller in Betracht kommender Umstände. Nur wenn Anlaß zu einem solchen Antrag vorliegt und der Antrag wirklich gestellt wird, soll auch eine Kündigung ausgesprochen werden können. Zweifellos gewährt eine solche Verbindung von Kündigungs- und Ehrenschutz den Angestellten der Bekl. eine weitgehende Sicherung des Arbeitsplatzes (vgl. den Aufsatz des stellvertretenden Leiters des Obersten Ehren- und Disziplinarhofs der DAF., Koch, im Völk. Beob. Nordd. Ausg. v. 7. Dez. 1937 Nr. 341), auch wenn die Vorschrift nicht Inhalt der Angestelltenverträge ist, sondern nur als innerdienstliche Anweisung gilt. Von ganz besonderer Bedeutung ist weiter die in Abs. 2 des § 19 enthaltene Vorschrift, wonach eine Kündigung ohne weiteres soll erfolgen können, wenn sie nachweisbar mit Sparmaßnahmen, organisatorischen Umstellungen oder mit unzureichender Leistung des zu Kündigenden begründet werden kann. Es ist keinesfalls anzunehmen, daß solche inneren Angelegenheiten, also die Notwendigkeit von Sparmaßnahmen innerhalb der Deutschen Arbeitsfront, Organisationsfragen und Fragen des dienstlichen Genügens der DAF.-Walter und -Angestellten, allgemein der Beurteilung durch die ordentlichen Gerichte hätten überlassen sein sollen. Das müßte aber angenommen werden, wenn der § 19 Inhalt der Angestelltenverträge hätte sein sollen. Gerade diese letztere Vorschrift muß deshalb dazu führen, in dem § 19 lediglich eine innerdienstliche Anweisung zu erblicken.

Der von der Bekl. vertretene Standpunkt, daß der Kl. sich grundsätzlich nicht auf § 19 der Ehren- und Disziplinarordnung, sondern nur auf die in der „Dienstordnung" enthaltenen Kündigungsbeschränkungen berufen könne, erscheint deshalb gerechtfertigt. Selbstverständlich hätte der Inhalt des § 19 durch besondere Vereinbarung zum Vertragsinhalt gemacht werden können. Eine ausdrückliche, dahin zielende Abrede ist aber nicht festgestellt. Die Nichtbeachtung des § 19 mochte dem Kl. deshalb vielleicht einen Grund zur Beschw. bei einer höheren Dienststelle der Deutschen Arbeitsfront geben, bei der dann auch gegebenenfalls die Kündigungsdienststelle den in § 19 Abs. 2 vorgesehenen „Nachweis" hätte führen müssen. Einen im ordentlichen Klageweg verfolgbaren Rechtsanspruch kann der Kl. aus § 19 der Ehren- und Dienstordnung jedoch nicht herleiten.

Ebensowenig kann der Kl. dann auch der Kündigung damit begegnen, daß er sich darauf beruft, in dem ehrengerichtlichen Urt. v. 5. Mai 1936 sei nicht auf Dienstentlassung, sondern nur auf Versetzung in ein anderes Amt von gleichem Rang erkannt worden. Wenn die Bekl. nicht dem Sinn und Zweck dieses Urteils entsprechend gehandelt haben sollte, so mochte auch das wieder für den Kl. ein Grund zur Beschw. bei den zuständigen Dienststellen der Bekl. sein. Auch würde das u. U. in dem Kündigungswiderrufsverfahren bei der Frage der unbilligen Härte mitberücksichtigt werden können. Eine Rechtsunwirksamkeit der sonst vertragsgemäßen Kündigung läßt sich daraus aber nicht herleiten.

(RArbG., Urt. v. 13. Juli 1938, RAG 25/38. — Berlin.)

Anmerkung: Vgl. ArbG. Berlin v. 16. Juni 1937: JW. 1937, 2309 [31] m. Anm. D. S.

*

**** 46. Zum Recht der Weihnachts- und Abschlußgratifikationen. †)**

Der Kl. war bei der Bekl. als Außenbeamter tätig. Am 31. März 1937 ist er im Einvernehmen mit der Bekl. aus dem Dienst ausgeschieden. — Die Bekl. gewährt ihren Angestellten seit einer Reihe von Jahren regelmäßig zu Weihnachten eine Weihnachtsgratifikation und im Frühjahr, in der Regel im Mai, eine „Abschlußgratifikation". Beide Gratifikationen zusammen pflegen etwa den Betrag eines Monatsgehaltes auszumachen. Auch der Kl. hat bis einschließlich Weihnachten 1936 die Gratifikationen ausgezahlt erhalten. Die am 12. Mai 1937 gewährte Abschlußgratifikation von 60% des Monatsgehalts (25% bei den erst am 1. Jan. 1937 oder später in den Dienst getretenen Angestellten) für das Geschäftsjahr 1936, das sich mit dem Kalenderjahr deckt, hat die Bekl. ihren am 8. Mai 1937 bei ihr im Dienst stehenden Angestellten ausgezahlt, den vorher aus dem Dienste ausgeschiedenen Kl. aber davon ausgenommen.

Der Kl. erhebt Anspruch auf diese Abschlußgratifikation, weil er das ganze Geschäftsjahr 1936 und noch darüber hinaus bei der Bekl. im Dienst gestanden habe und aus diesem Grunde nach seiner Ansicht an der Abschlußgratifikation teilnehme.

Das ArbG. hat verurteilt. Das LArbG. hat abgewiesen, die Rev. war erfolglos.

Das ArbG. hat in Anlehnung an LArbG. Berlin v. 27. Aug. 1928 (JW. 1928, 2937 [3]) die Auffassung vertreten, daß die Abschlußgratifikation der Bekl. eine zusätzliche Entlohnung für die Arbeit des Angestellten in dem verflossenen Geschäftsjahre darstelle, daß der Anspruch auf diese Gratifikation daher mit dem Ende des Geschäftsjahres für alle zu dieser Zeit im Dienst der Bekl. stehenden Angestellten erwachse und durch ein Ausscheiden aus ihrem Dienst nach diesem Zeitpunkt nicht verloren gehe. Der Zeitpunkt der Auszahlung der Abschlußgratifikation, der regelmäßig nach Beendigung der Abschlußarbeiten im Mai des folgenden Jahres liege, betreffe nur die Fälligkeit des Anspruchs, berühre aber dessen Erwerb nicht. — Demgegenüber stellt das

LArbG. die Entscheidung darauf ab, ob das Arbeitsverhältnis im Zeitpunkt der Auszahlung der Abschlußgratifikation noch fortbestehe, und verneint den Anspruch auf sie im Falle der Auflösung des Arbeitsverhältnisses vor diesem Zeitpunkt.

Der Standpunkt des LArbG. trifft zu auf die Weihnachts- oder Neujahrsgratifikation. Bei dieser hat sich, der tatsächlichen Übung entsprechend, eine feste Rspr. dahin herausgebildet, daß sie zu gewähren ist, wenn das Dienstverhältnis zur Zeit der Auszahlung dieser Gratifikation noch besteht, daß aber eine auch nur anteilmäßige, nach der Länge der Dienstzeit im laufenden Jahre zu bestimmende Beteiligung des Beschäftigten an dieser Gratifikation entfällt, wenn das Dienstverhältnis vor diesem Zeitpunkt endet, daß es andererseits unschädlich ist, wenn es alsbald nach diesem Zeitpunkt erlischt, bei der Weihnachtsgratifikation etwa zu Neujahr (RArbG. 5, 22 = JW. 1930, 3113; RArbG. 6, 93 = JW. 1931, 1049; Arbeitsrechtskartei 502 v. 8. Dez. 1934, Gratifikationen I Abt. IV). Die für die Weihnachtsgratifikation entwickelten Rechtsgrundsätze entsprechen ihrem Wesen; denn sie stellt sich als ein zusätzliches Entgelt und eine Anerkennung für geleistete Dienste, aber zugleich auch noch als eine Gabe aus Anlaß des Festes und eine Beihilfe für den Gefolgsmann wegen vermehrter Ausgaben gelegentlich des Festes dar. Die für sie geltenden Rechtsgrundsätze sind deshalb für die anders geartete Abschlußgratifikation nicht ohne weiteres verwendbar.

Die Rspr. ist hier bisher noch zu keiner einheitlichen Beurteilung gelangt. Auf der einen Seite wird die Auffassung vertreten, daß die Abschlußgratifikation in erster Linie eine zusätzliche Vergütung für die im vergangenen Geschäftsjahre geleisteten Dienste darstelle, daß daher der Anspruch auf die Abschlußgratifikation mit dem Ende des Geschäftsjahres erwachse und nur davon abhängig sei, daß das Arbeitsverhältnis bis zu diesem Zeitpunkt fortdauere, daß ein Ausscheiden aus dem Dienst nach diesem Zeitpunkt den Anspruch nicht beeinträchtige. Von anderer Seite wird betont, die Abschlußgratifikation sei eine besondere Vergütung, die an den Geschäftsabschluß selbst geknüpft sei; sie stelle eine besondere Belohnung an die Beschäftigten für das Ausharren im Dienste des Unternehmens dar, eine Art Treueprämie, die nicht an Leistungszeiten und Leistungsergebnisse gebunden sei, die vielmehr, auch in ihrer Entstehung, an die Zeitpunkte geknüpft sei, zu denen sie nach dem Willen des Gefolgschaftsführers oder kraft ausdrücklicher oder stillschweigender Vereinbarung zwischen dem Gefolgschaftsführer und der Gefolgschaft gewährt werde. Zwischen beiden Anschauungen liegen noch weitere Spielarten der rechtlichen Beurteilung dieser Gratifikation.

Die verschiedene rechtliche Beurteilung der Abschlußgratifikation hat ihren Grund in der Vielgestaltigkeit ihres Charakters, der Mannigfaltigkeit ihrer praktischen Handhabung und der Verschiedenartigkeit ihres wirtschaftlichen Zwecks. Es läßt sich daher auch ein allgemein gültiger Grundsatz für die rechtliche Beurteilung des Anspruchs auf diese Gratifikation nicht aufstellen. Die Beurteilung ist vielmehr auf den einzelnen Fall abzustellen, und es ist, sofern, wie vorliegend, nicht eine besondere Regelung etwa in der TarO. erfolgt ist, nach der tatsächlichen, vereinbarungsgemäßen oder stillschweigenden Handhabung der Gratifikation, nach der Übung, die sich in dem Unternehmen herausgebildet hat, zu fragen. Hiermit ist bereits auch zu den Ausführungen der Rev. Stellung genommen, die, wie das ArbG., zu Unrecht die Entscheidung allgemein darauf abstellen will, ob der Gefolgsmann noch am Ende des Geschäftsjahres im Dienst des Unternehmens gestanden hat, und bejahendenfalls ihm den Anspruch zuerkennen will, auch wenn er nach diesem Zeitpunkt, vor Auszahlung der Abschlußgratifikation, aus dem Dienst ausgeschieden ist.

Im vorl. Falle läßt nun der Umstand, daß, wie schon in früheren Jahren, nicht nur die bereits im vorhergehenden Jahre im Dienst befindlichen, sondern auch die später eingetretenen Gefolgschaftsmitglieder an der Abschlußgratifikation, wenn letztere auch in geringerer Höhe, teilgehabt haben, den Schluß zu, daß in dem Unternehmen der Bekl. die Übung galt, an der Abschlußgratifikation gerade die zur Zeit der Auszahlung im Dienste stehenden Gefolgsleute teilnehmen zu lassen, nicht dagegen die inzwischen ausgeschiedenen Gefolgschaftsmitglieder, auch wenn sie etwa das ganze vorhergehende Jahr im Dienst der Bekl. gestanden haben sollten. Nach dieser praktischen Handhabung hatte der Umstand, daß der Gefolgsmann noch am Jahresschluß im Dienst des Unternehmens gestanden hat, wie erkennbar, für die Austeilung der Gratifikation keine Bedeutung.

Nach feststehender Rspr. kann die regelmäßige, wenn auch zunächst freiwillige Gewährung einer Gratifikation an die Gefolgschaft zur Begründung eines Rechtsanspruchs auf sie führen (RArbG. 4, 67/68 = JW. 1929, 3410; RArbG. 7, 135/138 = JW. 1931, 814; RArbG. 15, 38/39 = JW. 1935, 2226 [36]; RArbG. 18, 159). Dieser Anspruch wird dann naturgemäß nur in einer Gestalt erworben, die der bisherigen Handhabung der Gewährung der Gratifikation entspricht. Daraus ergibt sich, daß der Kl. einen Anspruch auf die Abschlußgratifikation nur gehabt hätte, wenn er zur Zeit ihrer Auszahlung noch im Dienst der Bekl. gestanden hätte.

(RArbG., Urt. v. 29. Juni 1938, RAG 32/38. — Oldenburg.)

Anmerkung: Das RArbG. hat im vorl. Falle mit Recht den Anspruch auf Abschlußgratifikation verneint, weil es bei dem in Frage kommenden Unternehmen seit Jahren üblich gewesen ist, die Gratifikation nur den zur Zeit ihrer Auszahlung im Dienst stehenden Gefolgsleuten zu gewähren, nicht auch den vorher ausgeschiedenen, auch wenn diese während des vollen voraufgegangenen Geschäftsjahres der Gefolgschaft angehört hatten. Denn beim Fehlen einer besonderen Regelung durch Tarif oder Betriebsordnung wird es stets auf die „vereinbarungsgemäße oder stillschweigende Handhabung der Gratifikation" ankommen. Auffällig erscheint es nur, wenn das RArbG. in diesem Zusammenhange betont, daß ein allgemeingültiger Grundsatz für die rechtliche Beurteilung des Anspruchs auf eine Abschlußgratifikation sich wegen der Vielgestaltigkeit ihres Charakters, der Mannigfaltigkeit ihrer praktischen Handhabung und der Verschiedenheit ihres wirtschaftlichen Zwecks nicht aufstellen lasse, während im Gegensatz hierzu für die anders geartete Weihnachtsgratifikation bestimmte leitende Gesichtspunkte anzuerkennen seien. Diese Auffassung wird den Grundsätzen des § 2 ArbOG. wohl nicht ganz gerecht. Den üblichen Sonderzuwendungen, mögen sie nun zu Weihnachten oder als sog. Abschlußgratifikation gewährt werden, ist sicherlich das eine gemeinsam, daß sie sich als Ausfluß der Verbundenheit zwischen Unternehmer und Gefolgsmann darstellen, dem sonstigen Lohn also nicht gleichzustellen sind. Diesen Standpunkt vertritt der Akademieentwurf eines Gesetzes über das Arbeitsverhältnis, wie in der Begründung S. 73 ausdrücklich hervorgehoben ist. Dementsprechend bestimmt § 56 des Entwurfs, daß eine Sonderzuwendung nicht verlangt werden kann, wenn das Arbeitsverhältnis endet, „bevor die Voraussetzungen für die Gewährung der Sonderzuwendung eingetreten sind"; wie die Begründung erkennen läßt, ist hiermit insbes. gemeint, daß eine Sonderzuwendung nur an die im Zeitpunkt ihrer Verteilung der Gemeinschaft angehörigen Gefolgschaftsmitglieder zu gewähren ist.

Kürzlich ist auch von Mansfeld in einem Aufsatz in der Wirtschaftsbrücke 1938 Nr. 27 darauf hingewiesen worden, daß man die Sonderzuwendungen aus dem Gedanken der Betriebsverbundenheit verstehen müsse und daß hieraus die praktischen Folgerungen zu ziehen seien.

RA. Dr. W. Oppermann, Dresden.

*

47. §§ 29, 32 ArbOG. Leistungslohn. Der Erwerb höherer Fachbildung während bestehenden Arbeitsverhältnisses begründet noch keinen Anspruch auf höhere Vergütung oder auf Zuweisung höher bezahlter Arbeit.

Daraus, daß sich jemand während bestehenden Arbeitsverhältnisses nach Arbeitsschluß durch Teilnahme an Abendlehrgängen und erfolgreiche Ablegung einer Abschlußprüfung eine Fachschulbildung aneignet, folgt keineswegs ohne weiteres, daß er unter Berufung hierauf von seinem bisherigen Arbeitgeber nunmehr die Zuweisung einer der Fachausbildung entsprechenden, höher zu bewertenden Arbeit und ihre entsprechende Vergütung oder gar ohne solche Zuweisung fortan für die seiner bisherigen Beschäftigung entsprechende, gleichgebliebene Arbeit höhere Vergütung fordern könne. Wird ein Angestellter mit einer Fachausbildung in einem Betriebe eingestellt und ist dem Unternehmer die Fachausbildung bekannt, so wird jener mangels abweichender Abrede ohne weiteres zu der Annahme berechtigt sein, daß er auch seiner Fachausbildung entsprechend beschäftigt und entlohnt wird.

Wenn aber jemand sich außerhalb des Betriebes fortbildet, so kann das nicht ohne weiteres zu einer Erhöhung der Vergütung für seine bisherige, gleichbleibende Arbeit führen. Die durch die außerbetriebliche Fortbildung erworbenen Kenntnisse befähigen den Arbeitnehmer zwar zu höheren Leistungen. Er ist daher in der Lage, eine seinen erweiterten Kenntnissen entsprechende Dienstleistung seinem bisherigen Arbeitgeber oder einem anderen Arbeitgeber gegen entsprechende Vergütung anzubieten, aber keiner von ihnen ist verpflichtet, die Dienstleistung anzunehmen. Es genügt daher auch keineswegs für die Begründung des Anspruchs auf eine höhere Vergütung die Tatsache, daß der Unternehmer erfährt, daß sein Angestellter sich außerhalb des Betriebes ein größeres Wissen anzueignen sucht und vielleicht sogar mit Erfolg angeeignet hat. Hinzukommen muß vielmehr, daß nunmehr der Unternehmer sich die erweiterten Kenntnisse des Angestellten auch durch Zuweisung einer diesen Kenntnissen entsprechenden Arbeit zunutze macht. Eine andere Beurteilung wäre dann am Platze, wenn etwa der Un-

ternehmer den Angestellten dazu veranlaßt hat, sich eine Fachschulbildung anzueignen, und der Angestellte hieraus und aus den Begleitumständen nach Treu und Glauben schließen durfte, eine entsprechende Arbeit mit der entsprechenden Vergütung nach bestandener Prüfung zugewiesen zu erhalten. Derartiges ist nicht behauptet.

(RArbG., Urt. v. 4. Mai 1938, RAG 262/37. — Gleiwitz.)

*

**** 48. Urlaubsfragen. Einbußen, die sich aus verschiedenartiger Regelung des Urlaubs in aufeinanderfolgenden Tarifordnungen ergeben, müssen mangels ausdrücklicher Bestimmung vom einzelnen Beschäftigten in Kauf genommen werden.**

Der Kl. war v. 18. Juli 1933 bis 16. Juni 1937 bei der Bekl. beschäftigt. Für sein Arbeitsverhältnis galt zunächst der Rahmentarifvertrag über die Arbeitsverhältnisse der Arbeiter in der Rhein.-Westf. Eisen- und Stahlindustrie v. 26. Mai 1930, der nach dem 1. April 1934 als Tarifordnung in Geltung geblieben ist. Seine Urlaubsbestimmungen sind dann mit Wirkung v. 1. April 1936 durch die Tarifordnung des Treuhänders der Arbeit für das Wirtschaftsgebiet Westfalen v. 23. Juni 1936 zur Regelung des Urlaubs der gewerblichen Gefolgschaftsmitglieder in der Metallindustrie des Wirtschaftsgebiets Westfalen (RArbBl. VI, 624) außer Kraft gesetzt worden, die selbst mit Wirkung v. 1. April 1937 der Tarifordnung desselben Treuhänders v. 5. April 1937 (RArbBl. VI, 362) gewichen ist. Der Kl. hat während seiner Beschäftigung bei der Bekl. dreimal Urlaub erhalten, nämlich im September 1934 3 Tage, im August 1935 4 Tage und v. 27. Juli bis 1. Aug. 1936 6 Tage. Er ist der Ansicht, daß ihm auf Grund der bei seinem Abgang geltenden letztgenannten Tarifordnung für das seit dem 18. Juli 1936 laufende letzte Jahr seiner Betriebszugehörigkeit noch ein Urlaub von 6 Tagen zugestanden habe, der ihm nicht gewährt worden sei. Er klagt auf Urlaubsabgeltung. Das LArbG. hat verurteilt. Das RArbG. hat aufgehoben und die Klage abgewiesen.

Das BG. will den Kl. so behandeln, als ob die TarO. v. 5. April 1937 am 18. Juli 1936 bereits in Kraft gewesen wäre, indem es ihn so stellt, als wenn ihm mit Wirkung von diesem Tage an für das vierte Beschäftigungsjahr ein Urlaubsanspruch nach Maßgabe der neuen Tarifordnung entstanden wäre. Es will das damit rechtfertigen, daß der Wortlaut der Tarifbestimmungen ihre Anwendung auf die im Zeitpunkt des Inkrafttretens bereits bestehenden Arbeitsverhältnisse erheische und daß Sinn und Zweck der in den neuen Tarifbestimmungen zum Ausdruck gekommenen Regelung den Willen des Treuhänders erkennen ließen, Unstimmigkeiten und Härten der bisherigen Regelungen auszugleichen und zu beseitigen. In beiden Beziehungen kann dem BG. nicht beigetreten werden.

Richtig ist, daß die TarO. v. 5. April 1937 auch auf die im Zeitpunkt ihres Inkrafttretens bereits bestehenden Arbeitsverhältnisse Anwendung zu finden hat. Allein grundsätzlich kann auch bei bestehenden Arbeitsverhältnissen, solange nicht ein anderes, insbes. ihre Rückwirkung ausdrücklich bestimmt oder eine solche der Natur der Sache nach oder nach Sinn und Zweck der Tarifordnung ohne weiteres anzunehmen oder zwischen den Parteien vereinbart ist, ein Rechtsanspruch aus der Neuregelung der Tarifordnung nur hergeleitet werden, wenn der dort hierfür aufgestellte Entstehungstatbestand im zeitlichen Geltungsbereich der Tarifordnung, also nach ihrem Inkrafttreten, verwirklicht worden ist. Sieht man zunächst von der Frage der Rückwirkung ab, so kann bei bestehenden Arbeitsverhältnissen kein Zweifel darüber bestehen, daß ein neuer Urlaubsanspruch immer nur dann entsteht, wenn ein neuer Stichtag herangekommen ist. Das gilt auch, wenn eine neue Urlaubsregelung in Kraft tritt, jedenfalls dann, wenn der Stichtag derselbe geblieben ist, wie nach der bisher geltenden Regelung. Das ist vorliegend der Fall. Der Stichtag für die Entstehung des Urlaubsanspruchs ist in allen drei Tarifregelungen, die während der Betriebszugehörigkeit des Kl. für seine Urlaubsansprüche maßgebend gewesen sind, immer derselbe geblieben, nämlich der Beginn des neuen Beschäftigungsjahres. Der Kl. konnte während der Geltungsdauer der drei Tarifordnungen einen Urlaubsanspruch nach Maßgabe ihrer Vorschriften jeweils am Beginn eines neuen Beschäftigungsjahres erwerben und hat demgemäß einen Urlaubsanspruch erworben für die Zeit bis zum 1. April 1936, dem Zeitpunkt des Inkrafttretens der TarO. v. 23. Juni 1936, nach Maßgabe des RahmTarVertr. v. 26. Mai 1930 und in der Zeit vom 1. April 1936 bis zum 31. März 1937 nach Maßgabe der TarO. v. 23. Juni 1936, und er hätte nach dem 1. April 1937, dem Zeitpunkt des Inkrafttretens der TarO. v. 5. April 1937, einen Urlaubsanspruch nur erwerben können, wenn er einen neuen Stichtag erreicht hätte. Das BG. nimmt daher in Wirklichkeit hinsichtlich des Stichtags eine Rückwirkung an, wenn es für den Kl. am 18. Juli 1936, dem letzten Stichtag vor dem Inkrafttreten der TarO. v. 5. April 1937, einen weiteren Urlaubsanspruch nach ihren Vorschriften als entstanden ansieht oder den Kl. so stellt, als wenn an diesem Stichtag ein weiterer Urlaubsanspruch nach Maßgabe dieser Tarifordnung entstanden wäre.

Ausdrücklich ist eine solche Rückwirkung in der Tarifordnung nicht bestimmt. Nun will das BG. aus Sinn und Zweck der TarO. v. 5. April 1937 deren Rückwirkung auf den Kl. rechtfertigen. Es führt aus, der Reichstreuhänder der Arbeit habe mit dieser Tarifordnung nicht nur dem berechtigten Zuge der Zeit entsprechend das Urlaubsrecht dadurch fortbilden wollen, daß er im Gegensatz zum Rahmentarif v. 26. Mai 1930 und zur TarO. vom 23. Juni 1936, die erst im zweiten Jahr der Betriebszugehörigkeit, wenn auch für das erste Jahr Urlaub gewährten, schon im ersten Jahr Urlaub gewährt habe; er habe vielmehr insbes. die Unklarheiten und Härten beseitigen wollen, die durch die in der TarO. v. 23. Juni 1936 getroffene Bestimmung, als Urlaubsjahr habe die Zeit v. 1. April bis 31. März des folgenden Jahres zu gelten, hervorgerufen worden waren, und endgültig volle Klarheit für die Zukunft schaffen wollen. Aber auch in dieser Beziehung ergibt sich aus der Tarifordnung für eine rückwirkende Anwendung kein Anhalt.

Zuzugeben ist, daß die verschiedenartige Bestimmung des Urlaubsjahres in den drei einander ablösenden Tarifordnungen dazu geführt hat, daß in ihrem örtlichen und fachlichen Geltungsbereich die Gefolgschaftsmitglieder der betroffenen Betriebe für eine längere oder kürzere Zeit ihrer Betriebszugehörigkeit keinen Erholungsurlaub bekommen haben, wenn man von der Grundregel des Urlaubsrechts ausgeht, daß jedes Gefolgschaftsmitglied im allgemeinen für jedes Jahr (sei es der Betriebszugehörigkeit, sei es einen in anderer Weise bestimmten, auf ein Jahr bemessenen Zeitabschnitt) einen Erholungsurlaub bekommen soll. (Wird ausgeführt.)

Die Verschiedenartigkeit in der Regelung des Urlaubsjahres hat zur Folge, daß der Urlaub, der den langjährigen Gefolgschaftsmitgliedern der Bekl. gewährt worden ist, für verschiedene, sich mit dem jeweiligen Jahr der Betriebszugehörigkeit nicht deckende Zeitperioden gewährt wurde. So ist dem Kl. nach Maßgabe der Tarifordnungen richtig und ordnungsmäßig Urlaub gegeben worden:

im September 1934 für das Urlaubsjahr v. 18. Juli 1933 bis 18. Juli 1934,

im August 1935 für das Urlaubsjahr v. 18. Juli 1934 bis 18. Juli 1935,

im Juli/August 1936 für das Urlaubsjahr v. 1. April 1936 bis 31. März 1937,

praktisch also für die Zeit v. 18. Juli 1935 bis 31. März 1937. Es ergibt sich hiernach, daß der Kl., wenn ihm auf Grund der neuen TarO. v. 5. April 1937 nicht rückwirkend ein weiterer Urlaubsanspruch erwachsen ist, für die Zeit v. 18. Juli 1935 bis 31. März 1936 und für die Zeit v. 1. April bis zum 16. Juni 1937, also für insgesamt 11 Monate, keinen Urlaub erhalten hat.

Dieses Ergebnis kann aber, so unerwünscht es vom Standpunkt einer sozialen Urlaubsgestaltung aus ist, für sich allein nicht den Schluß rechtfertigen, der Reichstreuhänder habe der neuen Urlaubsregelung rückwirkende Kraft gegeben, auch wenn er das nicht ausdrücklich bestimmt und auch sonst in der Tarifregelung nicht erkennbar gemacht hat. Das Ergebnis hat seine letzte Ursache darin, daß nach den beiden Tarifordnungen aus den Jahren 1930 und 1936 den Gefolgschaftsmitgliedern Urlaub erst vom zweiten Jahre der Betriebszugehörigkeit an gewährt worden ist, während sie auf Grund der TarO. v. 5. April 1937 — nach Erfüllung einer Wartezeit von 6 Monaten — bereits im ersten Jahre der Betriebszugehörigkeit Urlaub erhalten. Daß es hiernach bei der Bestimmung des zurückliegenden Jahres der Betriebszugehörigkeit als Urlaubsjahr — wie sie in der Regelung im RahmTarVertr. v. 26. Mai 1930 enthalten war — nicht verbleiben konnte, liegt auf der Hand. Beim Übergang zum laufenden Beschäftigungsjahr als Urlaubsjahr verloren daher die sämtlichen der Bekl. bereits länger als ein Jahr angehörenden Gefolgschaftsmitglieder rechnungsmäßig ein Urlaubsjahr, wenngleich ihnen praktisch vom zweiten Jahre ihrer Betriebszugehörigkeit an jedes Jahr der ihnen zukommende Urlaub gewährt worden ist und gewährt wird. In Wirklichkeit ist das das erste Jahr ihrer Betriebszugehörigkeit, *für das* ihnen zwar Urlaub gewährt worden ist, *in dem* sie aber nach der früheren Regelung keinen Urlaub erhalten haben. Dadurch, daß das Urlaubsjahr in der TarO. v. 23. Juni 1936 auf die Zeit v. 1. April bis zum 31. März des folgenden Jahres festgelegt worden ist, ist das bei den einzelnen Gefolgschaftsmitgliedern bereits mehr oder weniger — je nach der Lage ihres Stichtags — in Erscheinung getreten. Durch die Verlegung des Urlaubsjahres endlich auf das laufende Jahr der Betriebszugehörigkeit durch die TarO. v. 5. April 1937 ist der Verlust ganz klar geworden. Daß durch diese Tarifordnung der auf diese Weise ein-

getretene Verlust für alle Gefolgschaftsmitglieder durch Nachgewährung eines Urlaubs oder eine entsprechende Urlaubsabgeltung wieder ausgeglichen werden sollte, kann mangels einer die Rückwirkung ausdrückenden Tarifvorschrift nicht angenommen werden. Dann können Sinn und Zweck der TarO. v. 5. April 1937 auch nicht ergeben, daß ein solcher Ausgleich den ausscheidenden Gefolgschaftsmitgliedern hätte gewährt werden sollen, da kein Grund ersichtlich ist, weshalb sie günstiger zu stellen gewesen wären, wie die im Betriebe verbleibenden Gefolgschaftsmitglieder.

(RArbG., Urt. v. 29. Juni 1938, RAG 279/37. — Düsseldorf.)

*

**** 49. NotVO. v. 5. Juni 1931 Teil 2 Kap. I und v. 6. Okt. 1931 Teil 3 Kap. III § 2; § 61 ArbGG.**

1. Gehaltskürzungen nach der NotVO. v. 5. Juni 1931 traten kraft Gesetzes ein; Angleichungsmaßnahmen nach der NotVO. v. 6. Okt. 1931 bedurften im Einzelfall einer besonderen Verwaltungsanordnung, niemals aber eines Vertrags.

2. Die Erstattung von Kosten für die Zuziehung eines Prozeßbevollmächtigten im arbeitsgerichtlichen Verfahren des ersten Rechtszugs ist ausgeschlossen und kann auch nicht aus § 286 BGB. unter dem Gesichtspunkt des Schuldnerverzugs geltend gemacht werden. Ob im Fall böswilliger Anspruchs- oder Prozeßverschleppung ein Erstattungsanspruch nach § 826 BGB. entstehen würde, bleibt dahingestellt.

Den nach § 358 Abs. 3 RVO. erforderlichen Vorentscheid des OVersA. für die Geltendmachung vermögensrechtlicher Ansprüche aus dem Dienstverhältnis hat das LArbG. in dem Beschluß des OVersA. v. 25. Mai 1937 gesehen, durch den die Dienstentlassung des Kl., der bei der bekl. Ortskrankenkasse angestellt war, für rechtsunwirksam erklärt worden war. Der Kl. habe nur Ansprüche nach seiner Entlassung erhoben. Ihre Berechtigung sei durch den Beschluß, der die Entlassung aufhob, vom OVersA. bejaht worden, wenn sich der Beschluß auch nicht mit der Höhe der Ansprüche befaßt habe. In dieser Annahme liegt kein Rechtsverstoß. Allerdings hat sich der Rechtsstreit alsbald nur noch um die Höhe der Bezüge gedreht. Aber die Klage war zur Wahrung der Ausschlußfrist des § 385 Abs. 3 erhoben, ehe die Bekl. sich überhaupt zu Gehaltszahlungen bereit erklärt hatte, betraf also den Gehaltsanspruch an sich, der sich aus der Aufhebung der Dienstentlassung durch das OVersA. ergab.

Durch den Anstellungsvertrag v. 1. Juni 1930 wurde dem Kl. die Dienststelle eines Rendanten nach der Besoldungsgruppe II der Dienstordnung übertragen und ihm nur für seine Person das Gehalt der Gruppe 2 c RBesoldO. zugebilligt. Damit ist der Behauptung des Kl. der Boden entzogen, daß er auch da noch, wie zuvor, tatsächlich Geschäftsführer war. Die Dienstordnung regelt nach § 352 RVO. die Rechts- und die allgemeinen Dienstverhältnisse der Angestellten, insbes.... ihre Zahl. Sie enthält außerdem den Besoldungsplan (§ 353 RVO.). Die Dienstordnung der Bekl. sah offensichtlich nur einen Geschäftsführer und weiter einen Rendanten zugleich als stellvertretenden Geschäftsführer vor, welch letztere Stelle dem Kl. übertragen wurde. Die innerdienstliche Verteilung der Geschäfte und die unmittelbare Unterstellung des Kl. unter den Vorstand war daneben ohne Bedeutung. Mit Recht hat der Tatrichter deshalb davon abgesehen, die Zeugen zu vernehmen, die der Kl. für seine frühere Gleichstellung mit dem Geschäftsführer und für den unveränderten Umfang seines Geschäftskreises benannt hatte, da es allein auf die ihm durch den Dienstvertrag v. 1. Juni 1930 übertragene Stelle ankam.

Aus der VO. der Mecklenburgischen Ministerien, Abt. Finanzen und Abt. Inneres, v. 22. Aug. 1932, die im Vollzug der VO. des RPräs. v. 5. Juni und 6. Okt. 1931 und der VO. des Mecklenburg. Staatsmin. v. 22. Sept. 1931 i. d. Fass. v. 27. Okt. 1931 ergangen ist, ergab sich dann für die Bekl. die Pflicht, den Kl. als stellvertretenden Geschäftsführer nur nach der Besoldungsgruppe II ihrer Dienstordnung zu entlohnen. Es ist abwegig, wenn der Kl. meint, nur der Vorstand der Bekl. allein sei für die Einstufung zuständig, obwohl er selbst anerkennen muß, daß die Ministerien die erforderlichen Bestimmungen dann ihrerseits zu treffen haben, wenn die Vorstände sie verweigern oder unterlassen. Das VersA. hat nicht ohne Rechtsgrundlage den bestehenden Vertrag einseitig geändert, sondern hat nach der ihm durch die VO. v. 22. Aug. 1932 erteilten Weisung die Bekl. zur Durchführung der VO. angehalten.

Die Rechtswirksamkeit der VO. des RPräs. v. 24. Aug. 1931 (RGBl. I, 453), v. 5. Juni 1931 und v. 6. Okt. 1931 hat der Kl. nicht bestritten. Auch das RArbG. hat sie mit den einschlägigen VO. der Landesregierungen seinen Entscheidungen wiederholt unbedenklich zugrunde gelegt (so RArbG.: ArbRSamml. 26, 99). Daraus ergab sich weiter die Rechtswirksamkeit der VO. des Staatsmin. v. 22. Sept. und 27. Okt. 1931 und der VO. der Min. v. 22. Aug. 1932. Die neue Fassung der VO. v. 22. Sept. 1931 bezieht sich allerdings ausdrücklich nur auf die VO. des RPräs. v. 24. Aug. 1931, die ihrerseits die Landesregierungen nur ermächtigt, Maßnahmen zum Ausgleich der Haushalte von Ländern und Gemeinden vorzuschreiben. Allein die Bekanntmachung, die die neue Fassung enthält, ist auf Grund des § 14 Abs. 2 der 4. VO. des Staatsmin. v. 26. Okt. 1931 zur Sicherung der Haushalte des Landes, der Gemeinden und der sonstigen Körperschaften des öffentlichen Rechts gestützt und diese VO. (RegBl. 299) ist auf Grund der VO. des RPräs. v. 24. Aug. 1931 und der VO. des RPräs. v. 6. Okt. 1931 ergangen und enthält schon in Anwendung der letzteren VO., 3. Teil Kap. III § 2 die Ausdehnung auf die Körperschaften des öffentlichen Rechts. Durch § 2 Abs. 1 Satz 3 a. a. O. der VO. v. 6. Okt. 1931 war die Angleichung von der Bindung an Verträge befreit, soweit es sich um persönliche Ausgaben, also um die Gehaltsbezüge der Angestellten handelte. Deshalb bedurfte sie auch nicht des Umwegs über die Kündigung und hatte nicht die Fristen des § 620 BGB. oder die des KündSchG. einzuhalten. Wenn die Gehaltskürzungen nach der VO. v. 5. Juni 1931 kraft Gesetzes eintraten, so war der Unterschied der Angleichungsmaßnahmen nach der VO. v. 6. Okt. 1931 nicht der, daß sie nur durch Vertrag möglich gewesen wären, sondern daß sie im Einzelfall einer besonderen Verwaltungsanordnung bedurften. Zu einer vertraglichen Herabsetzung wäre die Ermächtigung im Verordnungswege nicht erst notwendig gewesen.

Die Besoldungsregelung des Kl. durch das VersA. und das OVersA. war demnach weder eine Kündigung noch eine Versetzung in ein anderes Amt, sondern eine Angleichungsmaßnahme, zu deren Durchführung die Aufsichtsbehörden im Auftrag des Min., das dazu nach § 13 der VO. v. 22. Sept. und 27. Okt. 1931 befugt war, nach der VO. v. 22. Aug. 1932 verpflichtet waren.

Das von der Rev. angezogene Urteil ArbRSamml. 15, 102 = JW. 1932, 3468 [2] I m. Anm., betont ebenfalls die Befreiung der Sparmaßnahmen von vertraglichen Verpflichtungen, betrifft aber im übrigen einen ganz anderen Sachverhalt. Die WeimVerf. schützt in Art. 129 Abs. 1 Satz 3 nur wohlerworbene Beamtenrechte, stand also den VO. hinsichtlich der Eingriffe in Privatdienstverträge gleichfalls nicht im Wege. Die Sondervergütung, die dem Kl. im Anstellungsvertrage v. 1. Juni 1930 und in der Dienstordnung vorbehalten war, eine Vergütung, die nicht der ihm übertragenen Stelle anhing, sondern nur seiner Person als dem derzeitigen Stelleninhaber, war nach der VO. v. 22. Aug. 1932 nicht mehr zulässig und deshalb mit oder ohne Einwilligung der Bekl. aufzuheben.

Der Anspruch des Kl. auf Gehaltsnachzahlungen für die Monate Juli mit Oktober 1933 nach seinem Anstellungsvertrag aus der Gruppe 2 c ist demnach mit Recht abgewiesen.

Der Schadensersatzanspruch stützt sich darauf, daß der Kl. zur Wahrung der Ausschlußfrist nach § 358 Abs. 3 RVO. zur Klagestellung und Beiziehung eines Anwalts gezwungen gewesen sei, weil die Bekl. nach dem Beschl. des OVersA. v. 25. Mai 1937 in Schuldnerverzug gekommen sei. Insoweit kann auf RArbG. 6, 97 = JW. 1930, 3369 [1] und ArbRspr. 1930, 346 Nr. 290 Bezug genommen werden. § 61 ArbGG. schließt die Kostenerstattung für die Zuziehung eines Prozeßbevollmächtigten im Rechtsstreit vor dem ArbG. aus. Dagegen kann nicht aus § 286 BGB. geltend gemacht werden, daß die Kosten durch Schuldnerverzug notwendig gewesen seien. Tatsächlich hat das ArbG., dem sich das BG. angeschlossen hat, festgestellt, daß die Verzögerung der Gehaltsnachzahlung weder böswillig noch sittenwidrig war, weil die Bekl. nach der ihr im Juni zugegangenen Kenntnis von der Entscheidung des OVersA. sich im Juli beim VersA. erkundigt habe, welche Ansprüche der Kl. daraufhin erheben könne, und alsbald nach erhaltener Auskunft dem Kl. Abrechnung erteilt habe. Es kann deshalb auch hier dahingestellt bleiben, ob in dem Falle bewußt böswilliger Anspruchs- oder Prozeßverschleppung nach § 826 BGB. ein Erstattungsanspruch entstehen könnte. Weiter kann die Frage offenbleiben, inwieweit für eine nur vorprozeßliche Rechtsberatung aus dem Gesichtspunkt des Schuldnerverzugs etwa Ersatz zu verlangen wäre. Hier handelt es sich um Rechtsberatung im unmittelbaren Zusammenhang mit dem Rechtsstreit, in dem der Anwalt dann auch für den Kl. auftrat. Unter den gegebenen Umständen ist der Schadensersatzanspruch demnach ohne Rechtsirrtum abgewiesen worden. Insoweit war die Rev. als unbegründet zurückzuweisen.

(RArbG., Urt. v. 27. Juli 1938, RAG 114/38. — Güstrow.)

*

**** 50. § 9 RTarO. für das Baugewerbe v. 26. Nov. 1936. Pflicht zur Weiterzahlung des Lohnes bei schuldhaft verspäteter Aushändigung der Entlassungspapiere. Beweislast. †)**

Der Kl. war als Tiefbauarbeiter bei der Bekl., einer Kasseler Firma, auf einer Baustelle in Thüringen beschäftigt. Auf den Arbeitsvertrag der Parteien fand die RTarO. für das Baugewerbe v. 26. Nov. 1936 (RArbBl. VI, 1229) Anwendung. Der Kl hatte

am 5. Juli 1937 fristgemäß zum 8. Juli 1937 gekündigt. Als er am 9. Juli 1937 seine Arbeitspapiere auf der Baustelle abholen wollte, waren diese, insbes. auch das Arbeitsbuch, noch nicht aus Kassel eingetroffen. Der Kl. erhielt die Papiere erst am 10. Juli 1937 mittags ausgehändigt.

Die RTarO. enthält in ihrem § 9 „Beendigung des Arbeitsverhältnisses" in den Nr. 4 und 5 folgende Bestimmungen:

„4. Entlassungspapiere und Lohn sind bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses sofort auszuhändigen. Ist das aus besonderen Gründen nicht möglich, so sind dem Entlassenen bei Ausscheiden aus dem Betriebe das Arbeitsbuch sowie eine Bescheinigung mit Aufzählung der Papiere, die im Besitz des Betriebes verblieben sind, sofort auszuhändigen. In Fällen, in welchen die ordnungsmäßige Aushändigung der Papiere oder der Bescheinigung seitens des Unternehmers schuldhaft unterbleibt, ist der Lohn bis zum Tage der ordnungsmäßigen Aushändigung weiterzuzahlen.

5. Bei Entlassung auf auswärtigen Baustellen sind dem Gefolgschaftsmitglied, falls eine sofortige Aushändigung der Papiere und des Lohnes aus betrieblichen Gründen oder wegen großer Entfernung der Arbeitsstelle vom Betriebsbüro nicht möglich ist, die Papiere und der Lohn unverzüglich, spätestens binnen 3 Tagen, zu übersenden."

Der Kl. trägt vor: Zufolge der verspäteten Aushändigung der Arbeitspapiere sei ihm ein anderweiter Arbeitsverdienst für Freitag, den 9. Juli 1937, und Sonnabend, den 10. Juli 1937, im Gesamtbetrage von 8,54 *RM* verloren gegangen. Die Bekl. müsse ihm diese 8,54 *RM* ersetzen. Die Klage hatte in allen Instanzen Erfolg.

Die Bekl. war verpflichtet, sämtliche Arbeitspapiere, insbes. auch das Arbeitsbuch dem Kl. sofort bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses zurückzugeben. Diese Verpflichtung ergibt sich, abgesehen von der Regelung in den einzelnen Gesetzen, so z. B. bzgl. des Arbeitsbuches in § 5 Abs. 2 der 1. DurchfVO. v. 16. Mai 1935 (RGBl. I, 602) zum Ges. über die Einführung eines Arbeitsbuches, bzgl. der Invalidenversicherungsquittungskarte in § 1425 RVO., für den vorl. Fall insbes. aus § 9 Nr. 4 der TarO. Auf die verlängerte Frist des § 9 Nr. 5 der TarO. für Beschäftigte auf auswärtigen Baustellen kann sich die Bekl. nicht berufen. Die Vorschrift greift nur Platz, wenn die an sich geschuldete sofortige Aushändigung aus betrieblichen Gründen oder wegen großer Entfernung der Arbeitsstelle vom Betriebsbüro nicht möglich ist. Die Bekl. hat jedoch selbst nicht behauptet, daß es ihr an sich unmöglich gewesen sei, dem Kl. die Arbeitspapiere, insbes. das Arbeitsbuch bei Ablauf der Kündigungsfrist zuzustellen. Im Gegenteil, sie hat selbst vorgetragen, daß diese Aushändigung an sich hätte erfolgen können und sollen, daß sie aber durch nicht mehr aufklärbare Umstände in ihrem Betrieb unterblieben sei.

Dieser Verpflichtung zur sofortigen Aushändigung ist die Bekl. nicht nachgekommen. Die TarO. sieht im Fall schuldhaft verspäteter Rückgabe der Papiere die Verpflichtung zur Weiterzahlung des Lohnes bis zum Tage der ordnungsmäßigen Aushändigung vor. Es kann hier dahingestellt bleiben, ob grundsätzlich der Arbeitnehmer, der den Arbeitgeber auf Fortzahlung des Lohnes in Anspruch nehmen will, das Verschulden des Arbeitgebers bei der Nichtrückgabe der Papiere nachweisen muß. In dem hier zu entscheidenden Fall mußte jedenfalls die Bekl. beweisen, daß sie kein Verschulden an der nichtrechtzeitigen Aushändigung der Arbeitspapiere trifft. Nach ihrem eigenen Vortrage war die Anforderung der Arbeitspapiere des Kl. durch ihren an der Baustelle in E. befindlichen Schachtmeister bereits am 6. Juli in Kassel eingegangen. Bei rechtzeitiger Absendung der Papiere hätten diese also bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses an der Baustelle angelangt sein können. Unter diesen Umständen kann dem Kl. nicht zugemutet werden, seinerseits noch den Nachweis zu führen, daß ein schuldhaftes Verhalten der Bekl. vorliege; es war vielmehr Sache der Bekl., darzutun, daß die nichtrechtzeitige Ankunft der Papiere auf einem Umstand beruhte, den sie nicht zu vertreten hatte. Die Ursache der Verzögerung hat die Bekl. aber, wie sie selbst vorgetragen hat, nicht mehr aufklären können. Daß die aus der schuldhaften Nichtaushändigung der Arbeitspapiere sich ergebende Verpflichtung des Arbeitgebers zur Fortzahlung des Lohnes nicht an den Nachweis eines dem Arbeitnehmer entstandenen Lohnausfalls, also den Nachweis eines Schadens geknüpft ist, hat das BG. zu Recht angenommen. Damit rechtfertigt sich der Anspruch des Kl. auf Fortzahlung des Lohnes für den 9. und 10. Juli 1937.

(RArbG., Urt. v. 13. April 1938, RAG 265/37. — Kassel.)

Anmerkung: Die hier behandelte Vorschrift der RTarO. für das Baugewerbe v. 26. Nov. 1936 bringt für ein weites Gebiet des deutschen Arbeitslebens eine wichtige Neuerung. Bisher konnte ein ausscheidender Gefolgsmann, dem der Unternehmer schuldhaft die Arbeitspapiere vorenthielt, den ihm dadurch erwachsenden Schaden nur dann ersetzt verlangen, wenn der Unternehmer mit der Herausgabe der Papiere in Verzug war, und wenn nachgewiesenermaßen der Ausgeschiedene gerade infolge des Fehlens der Papiere eine andere Beschäftigung nicht finden konnte. Nunmehr ist für den Bereich des Bautarifs dem ausgeschiedenen Gefolgsmann ein Anspruch auf Fortzahlung des Lohnes bis zum Empfang der Arbeitspapiere gegeben, ohne daß die Entstehung eines Schadens nachgewiesen zu werden braucht. Der Anspruch auf Weiterzahlung des Lohnes besteht also selbst dann, wenn der Ausgeschiedene bereits wieder anderweit Arbeit gefunden hat. Im vorl. Falle hätte der Kl. demnach gar nicht darzutun brauchen, daß ihm ein anderer Arbeitsverdienst entgangen sei.

Es ist zu beachten, daß das Arbeitsbuch in jedem Fall sofort ausgehändigt werden muß, während anstatt der übrigen Papiere (Arbeitsbescheinigung gemäß § 170 ArbVermG., Invaliden- oder Angestelltenversicherungskarte, Urlaubskarte mit Urlaubsmarken), wenn deren sofortige Aushändigung aus besonderen Gründen nicht möglich ist, zunächst eine Bescheinigung ausgestellt werden kann, in der diese Papiere einzeln aufgezählt sind. Die unbedingte Pflicht zu sofortiger Aushändigung des Arbeitsbuches rechtfertigt sich aus der Vorschrift des § 2 Ges. über Einführung eines Arbeitsbuchs v. 26. Febr. 1935 (RGBl. I, 311), wonach Arbeiter und Angestellte, für die Arbeitsbücher auszustellen sind, nur beschäftigt werden dürfen, wenn sie im Besitz eines ordnungsmäßigen Arbeitsbuches sind. Der Weiterzahlungsanspruch ist aber schon dann begründet, wenn e n t w e d e r das Arbeitsbuch o d e r die anderen Papiere bzw. die vorläufige Bescheinigung nicht sofort ausgehändigt werden.

Die Frage der B e w e i s l a s t hat das RArbG. im vorl. Falle dahin entschieden, daß der Unternehmer sein Nichtverschulden beweisen müsse, weil die Anforderung der Arbeitspapiere so rechtzeitig am Sitze des Unternehmens eingegangen waren, daß sie bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses an der auswärtigen Baustelle hätten angelangt sein müssen. Vielleicht kann man ganz allgemein sagen, daß der ausscheidende Gefolgsmann in aller Regel gar nicht in der Lage ist, das Verschulden des Unternehmers nachzuweisen, weil ihm die in Betracht kommenden Umstände kaum bekannt sein können, und daß deshalb stets vom Unternehmer der Nachweis seines Nichtverschuldens gefordert werden müsse (vgl. die ausführliche Darstellung von D o b i n s k y: DArbR. 6 [1938], 244).

Der Anspruch auf Weiterzahlung des Lohnes hat noch eine weitere Voraussetzung: das Arbeitsverhältnis muß von seiten des Gefolgsmanns o r d n u n g s m ä ß i g gelöst sein. Das folgt aus der Vorschrift der 7. Anordnung zur Durchführung des Vierjahresplans v. 22. Dez. 1936 (RGBl. 1937, I, 13), in der bestimmt ist, daß in der Eisen- und Metallwirtschaft, im Baugewerbe, in der Ziegelindustrie und in der Landwirtschaft der Unternehmer im Fall einer unberechtigten vorzeitigen Lösung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeiter oder Angestellten das Arbeitsbuch bis zu dem Zeitpunkt zurückbehalten darf, in dem die Beschäftigung im Fall einer ordnungsmäßigen Lösung des Arbeitsverhältnisses enden würde.

RA. Dr. W. O p p e r m a n n, Dresden.

Reichsfinanzhof

[× Wird in der amtlichen Sammlung der Entscheidungen des Reichsfinanzhofs abgedruckt]

× 51. § 7 Abs. 1 EinkStG. 1934 (= 1938). Die Rspr. des RFH. zu § 16 Abs. 2 EinkStG. 1925, wonach bei einer gegen Entgelt erworbenen Anwaltspraxis Absetzungen für Abnutzung vorgenommen werden können, gilt auch für das neue EinkStG. Gleiches rechtfertigt sich für den Arztberuf. †)

Der Pflichtige ist seit dem Jahre 1933 Facharzt für Chirurgie in L. Nachdem er aus dieser Tätigkeit im Jahre 1933 ohne Gewinn geblieben, 1934 einen solchen von 114 *RM* und 1935 von 8762 *RM* erzielt hatte, kaufte er im Jahre 1936 die ärztliche Praxis des Chirurgen Dr. M. einschließlich der ärztlichen und sonstigen Einrichtung für 21 000 *RM* und erzielte in diesem Jahr einen Gewinn von über 23 000 *RM*. Von den für die Praxis gezahlten 21 000 *RM* entfielen nach Angabe des Pflichtigen auf eine zur Praxis gehörige Kundenkartei 1878 *RM*. Diese Kartei umfaßt rund 35 000 Karteiblätter mit Angaben aus der Krankengeschichte der vom Vorgänger des Pflichtigen behandelten Patienten. Der Wert der Kartei ist in der vom Pflichtigen auf 15. Febr. 1936 aufgemachten Eröffnungsbilanz, die außer einem Grundstückskonto noch zwei andere Aktivposten für Einrichtung und Apparate (15 425,76 *RM*) und für Apparate und Instrumente (9969,02 *RM*) enthält, nicht besonders ausgewiesen. In der Bilanz zum 31. Dez. 1936 sind diese beiden Aktivposten in einzelne Teile auseinandergezogen, darunter für „übernommene Kartothek" 1878 *RM*. Gleichzeitig ist dieser Wert auf 0 *RM* abgeschrieben.

Die Vorbehörden haben die Abschreibung versagt. Hiergegen richtet sich die RBeschw., mit der der Pflichtige aber, wie schon mit der Berufung, nur noch Abschreibung von 1/3 des Wertes = 626 RM begehrt. Die RBeschw. ist vom FinGer. wegen grundsätzlicher Bedeutung der Streitsache zugelassen worden.

Die RBeschw. ist begründet.

Das FinGer. hat ausgeführt, der Wert der Kartei habe nach Übergang der Praxis auf die Person des Pflichtigen noch keine Änderung erfahren, was sich daraus ergebe, daß Umsatz und Einkommen des Pflichtigen aus der Arztpraxis sich nach dem Ergebnis des Jahres 1936 vervielfacht hätten. Dieser Schluß ist nicht zwingend. Auch neben wesentlicher Steigerung der Einkünfte konnte der vom Pflichtigen bezahlte Praxiswert, um den es sich hier allein handelt, eine Minderung erfahren. Dies kann insbes. dann der Fall sein, wenn die alten Beziehungen des früheren Praxisinhabers sich verflüchtigt haben und der Erwerber dafür neue, auf *seine* Person sich gründende Beziehungen erworben hat. Dazu kommt, daß das FinGer. den Wert der Kartei, soweit er in der Festhaltung der Krankengeschichte der Patienten liegt, ganz unberücksichtigt gelassen hat. Auch in dieser Hinsicht konnte eine Wertminderung eingetreten sein. Da das FinGer. diese Umstände bei seinen Erwägungen nicht beachtet hat, ist die Möglichkeit eines Rechtsirrtums gegeben, was zur Aufhebung der Vorentscheidung führen muß.

Der Senat kann die Entscheidung auf Grund eigener Würdigung treffen. Hierbei hält er an dem unter der Herrschaft des alten EinkStG. ergangenen Urteil v. 30. Jan. 1929, VI A 369/28 = JW. 1929, 1712 (RStBl. 1929, 326) auch für das neue EinkStG. fest. Danach muß berücksichtigt werden, daß beim Wesen des Arztberufes, der ein persönliches Vertrauensverhältnis zu den Patienten voraussetzt, die anläßlich der Übernahme der Praxis übernommenen Beziehungen sich ebenso wie beim Rechtsanwalt in verhältnismäßig kurzer Zeit verflüchtigen. Bleiben die alten Patienten dem Übernehmenden weiterhin treu, so wird dieser Umstand nach Ablauf einer gewissen Zeit nicht mehr auf die Übernahme der Praxis zurückgeführt werden können, sondern darauf, daß sich zwischen dem übernehmenden Arzt und den Patienten ein in seiner Person begründetes neues Vertrauensverhältnis entwickelt hat. Damit erschöpft sich aber im Lauf weniger Jahre der Vorteil, der ursprünglich durch Übernahme der Praxis bestanden haben mag und damals die Aufwendung eines gewissen Betrags gerechtfertigt haben mochte. Dies führt zur Verteilung der Aufwendung auf die Jahre des anteiligen Nutzens i. S. des § 7 Abs. 1 EinkStG. 1934. Es muß weiterhin zugegeben werden, daß auch der Wert der Kartei, soweit er auf Festhaltung der bisherigen Krankengeschichte beruht, durch die ärztliche Betätigung des Pflichtigen selbst abnimmt. Um diese Umstände zu berücksichtigen, erscheint dem Senat die vom Pflichtigen mit 1/3 des aufgewendeten Betrags angestrebte Absetzung vom Wert als angemessen.

(RFH., 4. Sen., Urt. v. 28. Juli 1938, IV 5/38.)

Anmerkung: 1. Gemäß § 7 Abs. 1 EinkStG. können bei Gebäuden und sonstigen Wirtschaftsgütern, die der Abnutzung oder Substanzverringerung unterworfen sind, Absetzungen vorgenommen werden (Absetzungen für Abnutzung).

2. § 7 EinkStG. ist auch für die Angehörigen der freien Berufe bei den Gewinnermittlungsmethoden der §§ 4 Abs. 1 und 2 EinkStG. anwendbar. Bei der Gewinnermittlungsmethode des § 4 Abs. 1 EinkStG. ist die Zulässigkeit solcher Absetzungen für Abnutzung ausdrücklich im vorletzten Satz des Abs. 1 durch Hinweis des § 4 auf § 6 und Verweisung des § 6 Abs. 1 Ziff. 1 auf § 7 zugelassen. Die Gewinnermittlungsmethode des § 4 Abs. 2 EinkStG. gestattet die Absetzung von Betriebsausgaben bei der bloßen Überschußrechnung. Betriebsausgaben sind die Aufwendungen, die durch den Betrieb veranlaßt sind (§ 4 Abs. 3 EinkStG.).

3. Im vorl. Falle hatte ein Arzt im Jahre 1936 beim Erwerb einer ärztlichen Praxis für den Kauf einer Kartothek (nach Zerlegung des Kaufpreises für Einrichtungen und Apparate und Instrumente) 1878 RM aufgewendet, diesen Betrag zum 31. Dez. 1936 zunächst voll abgeschrieben, später aber nur die Abschreibung eines Drittels vorgenommen. Der RFH. hat die Abschreibung eines Drittels der Aufwendungen für die übernommene Kartei zugelassen mit der Begründung, daß der Wert der Kartei sich verhältnismäßig schnell verflüchtige, weil das Wesen des Arztberufes ein persönliches Vertrauensverhältnis zu dem Patienten voraussetze und weil, wenn die alten Patienten dem übernehmenden Arzt weiterhin treu blieben, dies darauf zurückzuführen ist, daß sich zwischen dem übernehmenden Arzt und den Patienten ein in der Person des übernehmenden Arztes begründetes neues Vertrauensverhältnis entwickelt hat.

4. Der RFH. vergleicht das Wesen des Arztberufes mit dem Wesen des Rechtsanwaltsberufs. Auch die Beziehungen des übernehmenden Rechtsanwalts zu den Mandanten des abgebenden Rechtsanwalts verflüchtigen sich außerordentlich schnell. Hieraus folgt also, daß Aufwendungen für Karteien oder sonstige die Ausübung der Praxis des abgebenden Rechtsanwalts angehende Wirtschaftsgüter in verhältnismäßig kurzer Zeit abgesetzt werden dürfen.

Dr. Dr. Megow, Berlin, RA. und Notar, Fachanwalt für Steuerrecht.

*

× **52.** **§ 14 EinkStG. Veräußert der Gutseigentümer bei der Verpachtung seines Gutes das gesamte Inventar an den Pächter, so kann das die Veräußerung eines Betriebes sein.**

Der BeschwF. ist Landwirt. Er hat am 1. Jan. 1935 das Gut K. gekauft, dieses aber bereits am 1. Juni 1935 wieder verpachtet. Bei der Verpachtung wurde das gesamte Inventar an den Pächter für 127 571 RM veräußert. FinA. und FinGer. haben als Anfangswert des Inventars 91 741 RM angesetzt, während der BeschwF. behauptet, der Anfangswert betrüge 108 000 RM.

Streitig ist insbes. auch, ob die Veräußerung des Inventars als Betriebsveräußerung i. S. des § 14 EinkStG. anzusehen und dementsprechend der Tarifsatz des § 34 EinkStG. anzuwenden sei. FinA. und FinGer. haben das verneint.

Die RBeschw. ist begründet. FinA. und FinGer. berufen sich für ihre Ansicht auf VI A 77/33 v. 5. Dez. 1934: StW. 1935 Nr. 82. Hier ist ausgesprochen, daß bei der Verpachtung eines landwirtschaftlichen Gutes der Verpächter in gewissem Umfang noch Betriebsunternehmer bliebe. Der RFH. hält die Begründung dieses Urteils im wesentlichen aufrecht, er nimmt aber für den vorl. Fall gleichwohl eine Betriebsveräußerung an.

Bei der Landwirtschaft kommt ein Veräußerungsgewinn nur in Betracht für Gebäude und Inventar. Grund und Boden scheiden nach § 4 Abs. 1 EinkStG. letzter Satz aus. Wenn ein Pächter den Pachtbetrieb aufgibt und hierbei das Inventar veräußert, so ist das nach der Rspr. als Betriebsveräußerung anzusehen. Wenn nun der Eigentümer des Gutes in gleicher Weise wie ein Pächter den Betrieb aufgibt, also insbes. das gesamte Inventar veräußert, so muß auch dies als Betriebsveräußerung anerkannt werden.

Man könnte einwenden, der Eigentümer, der verpachte, bliebe Landwirt und, wenn er später das Eigentum an dem Gut aufgäbe, so müßte dann für die Veräußerung der Gebäude ein Veräußerungsgewinn in Betracht kommen. Der Senat sieht davon ab, diese Frage hier zu entscheiden. Aber auch wenn die Frage in dem Sinn zu entscheiden wäre, daß bei der späteren Übertragung des Eigentums an Grund und Boden und Gebäude ein Veräußerungsgewinn hinsichtlich der Gebäude in Betracht käme, so stünde das nicht im Wege, bereits jetzt bei der Veräußerung des Inventars einen Veräußerungsgewinn anzunehmen und nicht etwa den aus der Veräußerung des Inventars sich ergebenden Gewinn als Betriebseinkünfte mit dem vollen Tarifsatz heranzuziehen.

Die steuerlichen Verhältnisse des Verpächters eines Gutes liegen, wie VI A 77/33 v. 5. Dez. 1934 ergibt, nicht einfach. Eine völlig klare Linie wird man in ein besonders auch steuerlich so verwickeltes wirtschaftliches Verhältnis nicht hineinbringen können. Deshalb hält es der Senat auch für unbedenklich, in diesem Fall mit der Möglichkeit zweier Veräußerungen zu rechnen. Er würde es aber für unbillig halten, dem Steuerpflichtigen hier die Vorteile des § 34 vorzuenthalten.

(RFH., 6. Sen., Urt. v. 17. Aug. 1938, VI 490/38.)

*

× **53.** **§ 1 Abs. 1 Ziff. 5 KörpStG. Die Annahme einer steuerlich selbständigen, nichtrechtsfähigen Stiftung, die durch eine Schenkung oder Verfügung von Todes wegen entstanden ist, schließt die Behandlung des übertragenen Vermögens als vertragliches Entgelt für eine Gegenleistung des Empfängers aus.**

In dem Testament der Frau C. v. 18. Dez. 1926 wurde bestimmt: „Mein Testamentsvollstrecker soll nach meinem Tode an die Friedhofsverwaltung in B. einen Betrag zahlen, für welchen diese die ewige Pflege und Erhaltung des A.schen Erbbegräbnisses übernimmt.“ Auf Grund dieser Bestimmung händigte der Testamentsvollstrecker der Synagogengemeinde B. als Inhaberin der Friedhofsverwaltung ein Kapital von 4000 RM zur Unterhaltung der Grabstätte aus. Die Vorbehörden behandelten das „Grabpflegelegat“ als ein nichtrechtsfähiges Zweckvermögen und zogen für das Kalenderjahr 1934 den Zinsertrag von 339 RM zur Körperschaftsteuer heran.

Die hiergegen erhobene RBeschw. ist nicht begründet.

Zunächst hat das FinGer. im Ergebnis mit Recht die Auffassung der Pflichtigen abgelehnt, daß es sich bei der Zuwendung

des Kapitals um eine *entgeltliche Leistung auf Grund eines Dienst- oder Werkvertrags* handle. Nichtrechtsfähige Stiftungen entstehen durch die Übertragung eines Vermögensteils auf eine natürliche oder juristische Person mit der Auflage, das Vermögen für einen bestimmten Zweck zu verwenden. Wird dagegen Kapital als Entgelt für eine vereinbarte Gegenleistung übertragen, dann ist die Leistung des Kapitals ebenso wie die Gegenleistung Ausfluß eines gegenseitigen Vertrags, und die Entstehung eines körperschaftsteuerlich selbständigen Zweckvermögens durch die Übertragung des Kapitals ist ausgeschlossen. Nach den Umständen des Einzelfalls ist zu beurteilen, welche Rechtsform vorliegt. Die Zuwendung an die Synagogengemeinde wurde durch den Nachtrag zum Testament der Erblasserin veranlaßt, in dem der Testamentsvollstrecker angewiesen wurde, zur ewigen Pflege der Familiengrabstätte an die Synagogengemeinde einen Betrag zu zahlen. Aus der Anordnung einer *ewigen* Grabpflege als dauernden Zwecks der Auflage geht hervor, daß der zu übertragende Betrag nicht das Entgelt für eine vertragliche, in Geld abgeschätzte Gegenleistung sein sollte, sondern der Vermögensgrundstock, der die Durchführung des Stiftungszwecks auf unbeschränkte Zeit sichern sollte. Dabei ist es unerheblich, daß der Betrag des Vermächtnisses der Bestimmung des Testamentsvollstreckers überlassen wurde (vgl. auch § 2156 BGB.). Auch brauchte nicht, wie die Pflichtige meint, die Verwendung der Zinsen für den Stiftungszweck besonders vorgeschrieben zu werden; denn diese ergibt sich als selbstverständliche Notwendigkeit aus der angeordneten Dauer des Zwecks. Der Testamentsnachtrag enthält daher ein unter einer Auflage gemachtes Vermächtnis, das der Synagogengemeinde als der berufenen Stelle für die ewige Pflege des Andenkens der Toten und nicht als Unternehmerin eines Betriebs zugewendet wurde. Die Synagogengemeinde kann sich deshalb auch nicht darauf berufen, daß sie dieses Vermächtnis als Entgelt für die Grabpflege wie ein privater Unternehmer (Friedhofsgärtner) oder eine städtische Friedhofsverwaltung empfangen habe, die sich mit der entgeltlichen Pflege und Ausschmückung von Grabstätten befaßten. Wenn Schenkungen, Erbanfälle oder Vermächtnisse einer natürlichen oder einer juristischen Person ohne Beziehung zu einem Gewerbebetrieb oder sonstigen Betrieb des Empfängers zugewendet werden, dann können sie als einmalige Vermögensanfälle nicht zu den Einkünften i. S. des EinkStG. gerechnet werden (vgl. auch die Begründung zu § 2 EinkStG. 1934, Abs. 6 [RStBl. 1935, 35]). Führt jedoch der Empfänger der Zuwendung als Verwalter der Stiftung später in Erfüllung des Stiftungszwecks entgeltliche Leistungen selbst aus und vereinnahmt er dafür Beträge aus dem Stiftungsvermögen, dann können diese Entgelte bei ihm als betriebliche oder gewerbliche Einnahmen steuerpflichtig werden. Danach wird hier durch die Annahme einer nichtrechtsfähigen Stiftung, die durch einen Erwerb von Todes wegen entstanden ist, die Behandlung des zugewendeten Kapitals als entgeltliche Einnahme auf Grund eines gegenseitigen Vertrags ausgeschlossen.

Weiter wird aber auch zu Unrecht eingewendet, die Zuwendung sei kein *selbständiges Zweckvermögen*, sondern der Betrag sei in das Eigentum der Synagogengemeinde zur freien Verfügung übergegangen. Durch die Annahme des Vermächtnisses ist die Synagogengemeinde als bedachte Person verpflichtet, die Auflage aus dem empfangenen Vermögen auszuführen. Auf die Erfüllung der Auflage haben die Erben usw. nach § 2194 BGB. einen klagbaren Anspruch. Wenn daher das Kapital auch bürgerlich-rechtlich in das Eigentum der Synagogengemeinde übergegangen ist, so stellt es doch steuerrechtlich wegen der in der Auflage enthaltenen Zweckbestimmung, der sich die Synagogengemeinde nicht entziehen kann, ein mit einer gewissen Selbständigkeit ausgestattetes, nichtrechtsfähiges Zweckvermögen, und zwar eine nichtrechtsfähige Stiftung dar. Wegen der Verpflichtung zur Erfüllung der Auflage sind auch die Einkünfte der Stiftung der freien Verfügung der Synagogengemeinde entzogen. Diese bezieht daher die Erträge des Kapitals nicht als eigene Einkünfte, sondern die Zinsen des Kapitals sind als Einkommen der nichtrechtsfähigen Stiftung zu erfassen (§ 3 KörpStG.).

(RFH., Urt. v. 5. Juli 1938, VI a 9/37 S.)

*

× 54. § 29 UrkStG. Bei einer Löschungsvormerkung i. S. des § 1179 BGB. ist das gesicherte Recht der Anspruch auf Löschung der Hypothek. Der Wert des gesicherten Rechts ist grundsätzlich gleich dem Wert der zu löschenden Hypothek. †)

In der notariellen Verhandlung v. 4. Dez. 1936 hat die Witwe C. auf ihrem Grundstück eine Darlehnshypothek von 169 000 *RM* zugunsten der H. in A. bestellt und gleichzeitig die Eintragung einer Löschungsvormerkung zugunsten der Hypothekengläubigerin bewilligt, soweit sich die Hypothek mit dem Eigentum in einer Person vereinigt. Das AG. hat für die Löschungsvormerkung nach § 29 UrkStG. eine Urkundensteuer von 169 *RM* berechnet. Nach erfolglosem Einspruch hat das FinGer. die Pflichtige von der Urkundensteuer freigestellt mit der Begründung, unter dem „Wert des gesicherten Rechts" des § 29 Abs. 2 UrkStG. sei der Wert des rechtlichen Interesses zu verstehen, welches gesichert werden soll. Da im vorl. Fall hinter der ersten Hypothek, die im Tilgungsfall zugunsten der Hypothekengläubigerin gelöscht werden soll, keine weiteren Hypotheken stehen, könne das rechtliche Interesse der Gläubigerin nicht so viel wert sein, wie die zu löschende Hypothek. Da vielmehr für den Löschungsanspruch der Gläubigerin überhaupt kein Preis erzielbar sei, könne nur die Mindeststeuer von 0,50 *RM* gefordert werden. Dies sei aber schon durch die zum Protokoll verwendete Urkundensteuer von 3 *RM* abgegolten (§ 45 UrkStG.). Hiergegen richtet sich die RBeschw. des FinA., welche wegen der grundsätzlichen Bedeutung der Streitsache zugelassen worden ist.

Die RBeschw. ist begründet.

Unter dem Begriff des „gesicherten Rechts" i. S. des § 29 Abs. 2 UrkStG. kann nicht das rechtliche Interesse des Gläubigers verstanden werden, welches gesichert werden soll. Denn das rechtliche Interesse ist kein Recht, wie es § 29 verlangt.

Nach § 29 Abs. 1 UrkStG. ist auch steuerpflichtig die Erklärung, durch die die Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Aufhebung eines Rechts an einem Grundstück bewilligt wird. Dementsprechend ist bei der Bewilligung der Eintragung der Löschungsvormerkung bei einer Hypothek zugunsten des Gläubigers einer Hypothek als gesichertes Recht i. S. des § 29 Abs. 2 der durch die Vormerkung dinglich zu sichernde schuldrechtliche Anspruch des Gläubigers auf Löschung der Hypothek, wenn sie sich mit dem Eigentum in einer Person vereinigt (§ 1179 BGB.), anzusehen.

Nach § 29 Abs. 2 UrkStG. wird die Steuer grundsätzlich vom Wert des gesicherten Rechts, also des Löschungsanspruchs, berechnet. Nur wenn der Wert des aufzuhebenden Rechts niedriger ist als der Wert des gesicherten Rechts, ist der Wert des aufzuhebenden Rechts maßgebend. Beide Werte sind gem. § 29 Abs. 2 DurchfBest. zum UrkStG. nach den steuerlichen Vorschriften §§ 2—17 RBewG. zu bestimmen (§ 1 RBewG.). Der *Wert des aufzuhebenden Rechts*, d. h. hier der Wert der auf Grund des Löschungsanspruchs zu löschenden Hypothek ist nach § 14 RBewG. mit dem Nennwert der Hypothek anzusetzen, also mit 169 000 *RM*, der *Wert des gesicherten Rechts*, d. h. des Löschungsanspruchs mit seinem gemeinen Wert (§ 10 RBewG.). Der gemeine Wert des Löschungsanspruchs deckt sich mit dem Interesse des begünstigten Gläubigers an der Löschung der Hypothek, soweit sie sich mit dem Eigentum in einer Person vereinigt, grundsätzlich also mit dem Wert des aufzuhebenden Rechts, es sei denn, daß im einzelnen Fall Umstände vorliegen, welche darauf schließen lassen, daß das Interesse des begünstigten Gläubigers an der Aufhebung der Hypothek geringer ist als der Wert der aufzuhebenden Hypothek.

Solche Umstände sind hier nicht erkennbar. Dem Gläubiger ist es hier offenbar um die vollständige Beseitigung der Belastung des Grundstücks zu tun, sobald der Eigentümer die Hypothekenforderung erwirbt. Deshalb entspricht der Wert des Löschungsanspruchs und damit der Wert des gesicherten Rechts hier dem Wert des aufzuhebenden Rechts. Auch der Wert des gesicherten Rechts beträgt daher hier 169 000 *RM*. Da somit der Wert des aufzuhebenden Rechts im gegebenen Falle nicht niedriger ist als der Wert des gesicherten Rechts, ist die Steuer mit 1 ‰ aus 169 000 *RM*, d. h. mit 169 *RM*, festzusetzen.

Da das FinGer. Vorstehendes verkannt hat, ist der RBeschw. des FinA. stattzugeben, die Entsch. des FinGer. aufzuheben und die Berufung der Pflichtigen gegen die Einspruchsentscheidung des FinGer. zurückzuweisen.

(RFH., Urt. v. 1. Juli 1938, II 351/37 S.)

*

× 55. § 29 UrkStG.

1. Bei einer Löschungsvormerkung zugunsten des Gläubigers einer Nachhypothek ist das gesicherte Recht der Anspruch auf Löschung der Vorhypothek. Der Wert des gesicherten Rechts ist gleich dem Wert der zu löschenden Hypothek, jedoch nicht höher als der Wert der Nachhypothek.

2. Wird in *einer* Urkunde zugunsten des Gläubigers einer Nachhypothek die Eintragung von Löschungsvormerkungen bei *mehreren* Vorhypotheken bewilligt, so ist die Vormerkungssteuer nur *einmal* zu erheben. †)

Am 12. Aug. 1937 hat der Steuerinspektor Y. zu gerichtlichem Protokoll erklärt: „Im Grundbuch von X. Bd. 243 Bl. 5694 steht in Abt. III unter Nr. 4 eine Hauszinssteuerhypothek in Höhe von 12 000 *RM* zugunsten der Stadt X. eingetragen. Ich bewillige und beantrage die Eintragung einer Löschungsvormerkung gemäß § 1179 BGB. für alle dieser vorgenannten Hypothek vorgehenden

Eintragungen zugunsten der Stadt X. als Gläubigerin der vorgenannten Eintragung."

In Abt. III des Grundbuchs gehen folgende Eintragungen vorher: Nr. 1: 38 000 RM für A., Nr. 2: 8913 RM für B., Nr. 3: 10 000 GM. für C.

Das AG. hat zu dieser Erklärung auf Grund von § 29 Abs. 2 UrkStG. eine Urkundensteuer von 12 RM, 9 RM und 10 RM, zusammen 31 RM gefordert. Die gegen die Steuerforderung eingelegte Sprungberufung wurde vom FinGer. als unbegründet zurückgewiesen. Mit der RBeschw., die wegen der grundsätzlichen Bedeutung der Streitsache zugelassen worden ist, wird Aufhebung des FinGer.-Urteils und Herabsetzung der Urkundensteuer auf 12 RM beantragt, weil die Steuer aus dem Wert des gesicherten Rechts, d. h. aus 12 000 RM, zu berechnen sei.

Die RBeschw. ist begründet.

Wie der Senat in dem Urteil II 351/37 vom heutigen Tage (vergleiche vorstehend Nr. 54) ausgeführt hat, ist bei einer vom Grundstückseigentümer bewilligten Löschungsvormerkung aus § 1179 BGB. als gesichertes Recht i. S. des § 29 Abs. 2 UrkStG. der durch die Vormerkung dinglich zu sichernde schuldrechtliche Anspruch des begünstigten Gläubigers auf Löschung der Hypothek, wenn sie sich mit dem Eigentum in einer Person vereinigt, anzusehen. Der Wert des aufzuhebenden Rechts i. S. von § 29 Abs. 2 UrkStG. ist mit dem Nennwert der zu löschenden Hypothek anzusetzen. Der Wert des gesicherten Rechts deckt sich grundsätzlich mit dem Wert des aufzuhebenden Rechts, es sei denn, daß im einzelnen Fall Umstände vorliegen, welche darauf schließen lassen, daß das Interesse des begünstigten Gläubigers an der Aufhebung der Hypothek geringer ist, als der Wert der aufzuhebenden Hypothek.

Solche Umstände liegen dann vor, wenn wie hier die Eintragung der Löschungsvormerkung bei einer vorgehenden Hypothek zugunsten des jeweiligen Gläubigers einer nachstehenden Hypothek bewilligt wird. In diesem Fall soll der nachstehenden Hypothek durch die Löschungsvormerkung eine Rangbesserung verschafft, die nachstehende Hypothek soll durch die Löschung der vorgehenden in ihrem Rang und Wert gesichert werden. Hier erschöpft sich das Interesse des Gläubigers der Nachhypothek in der Rangbesserung seiner Nachhypothek, die Nachhypothek kann durch die Löschung der Vorhypothek keinen höheren Wert bekommen, als der Nennbetrag der Nachhypothek ausmacht. Das Interesse des Gläubigers der Nachhypothek an der Löschung der Vorhypothek ist also durch den Wert der Nachhypothek begrenzt und deshalb in solchem Fall der Wert des gesicherten Rechts dem Nennbetrag der Nachhypothek gleichzusetzen.

Im vorl. Falle ist die Eintragung einer Löschungsvormerkung bei drei vorgehenden Hypotheken zugunsten des Gläubigers der nachstehenden Hypothek Nr. 4 bewilligt. Das FinGer. hat darin die Bewilligung von drei Vormerkungen zugunsten des Gläubigers der Hypothek Nr. 4 gesehen und dreimal Urkundensteuer gefordert. Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden. Es handelt sich hier um die Verpflichtung des Grundstückseigentümers dem Gläubiger der Hypothek Nr. 4 gegenüber, die Vorhypotheken löschen zu lassen, wenn sie sich mit dem Eigentum in einer Person vereinigen, also um eine einzige Verpflichtung des Grundstückseigentümers und einen einzigen Anspruch des Gläubigers, mithin auch nur um e i n steuerpflichtiges Rechtsgeschäft i. S. des § 29 UrkStG. Es ist daher nur eine Steuer geschuldet.

Da das FinGer. vorstehendes verkannt hat, ist seine Entsch. aufzuheben. Der Steuerberechnung ist der Wert der Nachhypothek zugrunde zu legen, da der Gesamtbetrag der zu löschenden drei Vorhypotheken höher ist als der Betrag der Nachhypothek. Die Steuer beträgt daher 12 RM.

(RFH., Urt. v. 1. Juli 1938, II 125/38 S.)

Anmerkung zu 54 und 55: Die beiden Entsch. bedeuten einen weiteren Schritt auf dem Wege zur Klärung der Zweifelsfragen auf dem Gebiet der Urkundensteuer. Die Praxis stand früher vielfach auf dem Standpunkt, daß die Eintragung einer Löschungsvormerkung überhaupt (nach preußischem Recht), keinen Stempel erfordere, mindestens aber dann nicht, wenn die Eintragungsbewilligung gleichzeitig mit der Eintragungsbewilligung für die begünstigte Hypothek erfolgte. Diese Praxis wurde schon nach preußischem Recht von der Rspr. nicht gebilligt, und es besteht jetzt völlige Klarheit darüber, daß die Eintragungsbewilligung einer derartigen Löschungsvormerkung selbständig steuerpflichtig ist, unabhängig von der Steuerpflicht der Hypothekenbewilligung.

Was unter dem „gesicherten Recht" zu verstehen ist, wird nicht zweifelhaft sein können. Es ist durchaus richtig, daß hier nicht das rechtliche Interesse an der Löschung gemeint sein kann, sondern nur der Anspruch auf diese Löschung selbst. Ebenso unzweifelhaft ist es, daß sich die Urkundensteuer nach dem gemeinen Wert dieses Löschungsanspruchs richten muß, und fraglich ist nur, wie dieser gemeine Wert zu ermitteln ist. Er deckt sich nach der Entsch. Nr. 3 „mit dem Interesse des begünstigten Gläubigers an der Löschung der Hypothek", und dieses Interesse ist grundsätzlich ebenso groß wie der Wert des aufzuhebenden Rechtes, soweit nicht im Einzelfall besondere Umstände vorliegen.

Diese besonderen Umstände können z. B. darin liegen, daß der Nennwert der Hypothek des begünstigten Gläubigers geringer ist, als der der zu löschenden Hypothek, und in diesem Falle ist die Hypothek des begünstigten Gläubigers die Höchstgrenze für den Wert der Löschungsvormerkung.

Insoweit ist die Rechtslage klar und wohl auch ganz unstreitig, die Zweifel ergeben sich bei verschiedenen Einzelpunkten, die teilweise in den Entsch. berührt werden. 1. Wenn der Begünstigte nicht selbst Hypothekengläubiger ist oder wenigstens nicht als solcher ausdrücklich bezeichnet wird, so ist es ständige Praxis, den Wert ohne Rücksicht auf das Interesse des Gläubigers nach dem Nennwert des zu löschenden Rechtes zu berechnen. Dieser Standpunkt wird von dem Urteil Nr. 3 sogar auf den Fall ausgedehnt, daß ein wirkliches Interesse des Begünstigten an der Löschung überhaupt nicht erkennbar ist. Das Urteil nimmt an, daß es dem Gläubiger „offenbar um die vollständige Beseitigung der Belastung des Grundstücks zu tun war", ohne daß aber dieser Satz irgendwie aus den tatsächlichen Umständen begründet wird.

Es darf nicht verkannt werden, daß diese Rspr. einen stark formalistischen Einschlag hat, und für die Notare ergibt sich daraus die Aufgabe, die Beteiligten auf die erheblichen Kosten derartiger Löschungsvormerkungen hinzuweisen. Immer dann, wenn der Begünstigte Gläubiger einer nachstehenden Hypothek ist, deren Nennwert hinter demjenigen der zu löschenden Hypothek zurückbleibt, muß dies in der Eintragungsbewilligung besonders zum Ausdruck gebracht werden. Ist der Begünstigte selbst nicht Hypothekengläubiger, so bleibt besonders zu prüfen, ob die Eintragung überhaupt irgendeinen wirtschaftlichen Sinn hat. Was die Bank mit der Eintragung der Löschungsvormerkung bei ihrer eigenen erststelligen Hypothek für einen Zweck verfolgt hat, ist aus dem Sachverhalt nicht erkennbar, denn etwa zurückgezahlte Teilbeträge dieser Hypothek können doch niemals den Rang des Restes beeinträchtigen. 2. Erfreulich ist der i. U. II 125/38 aufgestellte Grundsatz, wonach die Eintragung von Löschungsvormerkungen zugunsten desselben Gläubigers bei verschiedenen vorgehenden Hypotheken als ein einheitliches Rechtsgeschäft zu behandeln ist. Dieser Grundsatz entspricht der für die Stempelsteuer vertretenen Auffassung (vgl. E i f f l e r, Anm. 6 zu § 29). Eine Ausdehnung dieses Satzes auf den umgekehrten Fall ist jedoch nicht möglich. Wenn bei der gleichen Hypothek Löschungsvormerkungen zugunsten verschiedener Gläubiger eingetragen werden, so handelt es sich um mehrere Steuerfälle; das gleiche gilt auch dann, wenn der gleiche Eigentümer an verschiedenen G r u n d s t ü c k e n zugunsten desselben Gläubigers Löschungsvormerkungen eintragen läßt. Hier dürfte allerdings eine Ausnahme für den Fall gelten, daß die sämtlichen von der Löschungsvormerkung betroffenen Hypotheken Gesamthypotheken auf allen beteiligten Grundstücken sind.

RA. und Notar Dr. D e l b r ü c k, Stettin,
Fachanwalt für Steuerrecht.

*

56. §§ 12 Abs. 2 Ziff. 1, 8 Ziff. 1 GewStG. Zum Begriff der Dauerschulden.

Streitig ist, ob eine Schuld der BeschwF. in Höhe von 8969,19 RM gem. § 12 Abs. 2 Ziff. 1 und § 8 Ziff. 1 GewStG. dem Gewerbekapital hinzuzurechnen ist. Die Vorbehörden haben das angenommen.

Die RBeschw. ist nicht begründet.

Unstreitig gehörte die Schuld bis Ende 1936 zu den Schulden in § 8 Ziff. 1 GewStG. Die BeschwF. macht nur geltend, sie gehörte deshalb nicht mehr dazu, weil die Forderung im Dez. 1936 auf einen anderen Gläubiger übergegangen sei und mit dem neuen Gläubiger vereinbart worden sei, die Schuld solle in fünf Monatsraten, beginnend mit dem 15. Jan. 1937, zurückgezahlt werden und, wenn das geschähe, solle ein Betrag von 1000 RM erlassen werden. Hierdurch ist aber der Charakter der Schuld als Schuld i. S. des § 8 Ziff. 1 GewStG. nicht berührt worden.

Nach § 12 Abs. 2 Ziff. 1 und § 8 Ziff. 1 werden dem Gewerbekapital die Schulden, die wirtschaftlich mit der Gründung oder mit dem Erwerb des Betriebs ... oder mit einer Erweiterung oder Verbesserung ... zusammenhängen oder der nicht nur vorübergehenden Verstärkung des Betriebskapitals dienen, hinzugerechnet. Wie sich aus dem Gesetz ergibt, kommt es nur darauf an, ob diese Schulden der nicht nur vorübergehenden Verstärkung des Betriebskapitals dienen oder mit der Gründung oder Erweiterung des Betriebs usw. zusammenhängen. Dadurch, daß später in Aussicht genommen wird, in kurzer

Zeit die Schuld zu tilgen, wird die Schuld nicht zur laufenden Schuld; denn sie hängt nach wie vor wirtschaftlich mit der Gründung des Betriebs oder einer Erweiterung usw. zusammen.

Dasselbe ergibt sich aus dem Zweck der Bestimmung. Nur die laufenden Schulden sollten abgezogen werden, während die Schulden für das eigentliche Dauerbetriebskapital, das der Betrieb nach seiner ganzen Anlage ständig haben muß, wegen des Objektcharakters der Steuer nicht abgezogen werden dürfen. Wenn nun eine Dauerschuld zurückgezahlt werden soll, so wird in der Regel entweder der Betriebsinhaber eigene Mittel in gleicher Höhe dem Betriebe zuführen oder von anderer Seite eine entsprechende Dauerschuld aufnehmen. Der Betriebsinhaber kann auch in die Notlage versetzt sein, langfristigen Kredit nicht aufnehmen zu können, so daß er versuchen muß, jeweils kurzfristigen Kredit aufzunehmen, der dann aber ständig erneuert werden müßte. Auch das wäre eine Schuld i. S. des § 8 Ziff. 1. Eine Dauerschuld i. S. des § 8 Ziff. 1 kann in der Regel nicht durch eine laufende Schuld abgelöst werden.

Die Gewerbesteuerrichtlinien 1938, X 1 Abs. 4, sagen mit Recht: „Im übrigen bleiben Schulden, die einmal die Eigenschaft als Dauerschulden angenommen haben, Dauerschulden bis zum Erlöschen des Schuldverhältnisses. Sie werden nicht etwa im Jahr der Fälligkeit oder der Rückzahlung zu kurzfristigen Schulden." Diese Bestimmung entspricht sowohl dem Wortlaut als dem Sinn und Zweck des Gesetzes.

(RFH., 6. Sen., Urt. v. 17. Aug. 1938, VI 509/38.)

*

× **57. § 2 Abs. 2 Ziff. 1 GewStG. Gewerbesteuerliche Behandlung von Erbengemeinschaften, die den in kaufmännischer Weise eingerichteten Betrieb des Erblassers fortführen und deren Auseinandersetzung für längere Zeit ausgeschlossen ist.**

Der inzwischen verstorbene Brennereibesitzer Wilhelm H. betrieb unter der gleichnamigen Firma als Einzelkaufmann eine Brennerei und Landwirtschaft, die in einer gemeinsamen Buchführung erfaßt werden. In seinem Testament hat er seine Ehefrau und seine Kinder zur einen Hälfte und seinen Bruder zur anderen Hälfte als Erben eingesetzt. Diese führen nach dem Tode des Erblassers das Geschäft unter der alten Firma fort. Das FinA. hat unter Billigung des FinGer. für den gesamten Betrieb der BeschwF. einen einheitlichen Steuermeßbetrag nach dem Gewerbeertrag und dem Gewerbekapital für das Rechnungsjahr 1937 festgesetzt. Die BeschwF. beantragt, sie nicht als OHG. anzusehen und die Landwirtschaft nicht dem Gewerbebetrieb hinzuzurechnen.

Die RBeschw. ist unbegründet. Unstreitig führen die Erben als Mitunternehmer den Gewerbebetrieb des Erblassers fort. Ob sie zu diesem Zweck eine OHG. errichtet haben, ist steuerlich unerheblich. Denn für die steuerliche Beurteilung kommt es nicht sowohl auf die bürgerliche Rechtsform wie auf den wirtschaftlichen Tatbestand an, und wirtschaftlich im wesentlichen gleichliegende Verhältnisse sollen steuerlich möglichst gleich behandelt werden. Der RFH. hat deshalb bereits in der Entsch. v. 2. Mai 1931, III A 645/30: RFH. 29, 71 eine Erbengemeinschaft einer OHG. in einem Falle gleichgestellt, wo die Erbauseinandersetzung hinsichtlich des von der Erbengemeinschaft betriebenen Unternehmens für lange Zeit ausgeschlossen war und das Unternehmen nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erforderte. So liegt der Fall auch hier. Der Erblasser hat in seinem Testament eine Auseinandersetzung seines Nachlasses bis zur Vollendung des 25. Lebensjahres seiner Kinder untersagt. Ebenso handelt es sich auch hier um einen Betrieb, der in kaufmännischer Weise mit doppelt-amerikanischer Buchführung usw. eingerichtet ist. Die Vorbehörden haben deshalb mit Recht den § 2 Abs. 2 Ziff. 1 GewStG. auf den vorl. Fall angewandt.

Bei den unter diese Gesetzesbestimmung fallenden Unternehmen gilt aber die Tätigkeit „stets und in vollem Umfang" als Gewerbebetrieb. Da die BeschwF. unstreitig einen Brennereibetrieb unterhält, ist es steuerlich unerheblich, ob die gleichzeitig betriebene Landwirtschaft einen wirtschaftlich selbständigen Betrieb darstellt oder nicht. In keinem Falle findet, wie auch in den Richtlinien für die Durchführung der Gewerbesteuer bemerkt wird, eine Ausgliederung von Teilen des Gewerbeertrags und des Gewerbekapitals statt. Wie in den Fällen zu entscheiden wäre, wenn es sich um einen Kleinhandelsbetrieb oder einen Handwerksbetrieb handeln würde oder wenn nur mit einem vorübergehenden Bestehen der Erbengemeinschaft zu rechnen ist, braucht hier nicht geprüft zu werden.

(RFH., VI. Sen., Urt. v. 20. Juli 1938, VI 438/38.)

*

58. § 2 ErbschStG. Bei Zweifelhaftigkeit einer erbrechtlichen Güterrechtsauswirkung können die Steuerbehörden sich in der Regel an diejenige Auffassung halten, die die Beteiligten tatsächlich — namentlich bei Erwirkung eines Erbscheins — der Gesamtregelung ihrer erb- und güterrechtlichen Verhältnisse zugrunde gelegt haben.

Die BeschwF. sind Kinder bzw. Enkel der Eheleute M., die in altlippischer Gütergemeinschaft nach der VO. v. 27. März 1786 gelebt haben. Der Vater (Großvater) ist 1913, die Mutter (Großmutter) 1936 gestorben. Durch wechselseitiges Testament v. 29. April 1906 haben sich die Eltern (Großeltern) gegenseitig zum alleinigen Erben eingesetzt und bestimmt, daß es dem überlebenden zustehen solle, „alle Verfügungen in vermögensrechtlicher Beziehung, auch testamentarische, allein so zu treffen, als wenn wir beide noch lebend zugestimmt hätten". Beim Tode des Vaters ist das Testament — anscheinend auf Wunsch des überreichenden Sohnes und Miterben — nicht eröffnet, sondern in gerichtliche Verwahrung genommen; der Grundbesitz ist auf den Namen der Witwe und gemeinschaftlichen Kinder „in fortgesetzter Gütergemeinschaft" eingetragen worden. Beim Tode der Mutter hat das FinA. das gesamte in deren Besitz befindliche eheliche Vermögen als ihr alleiniges Eigentum angesehen — weil sie 1913 Alleinerbin ihres Mannes geworden sei — und von diesem Erwerb die Erbschaftsteuer berechnet. Die Erben vertreten demgegenüber den Standpunkt, daß das gemeinschaftliche Testament der Eltern (Großeltern) gegen die §§ 8 und 16 der Lippischen GütergemeinschaftsVO. verstoße, weil es die durch den Tod des erstversterbenden Elternteiles kraft Gesetzes unabwendbar eintretende fortgesetzte Gütergemeinschaft beseitige, daß es daher ungültig sei und daß das beim Tode der Erblasserin in ihrem Besitz befindliche Vermögen Gesamtgut der fortgesetzten Gütergemeinschaft gewesen sei, an dem die Kinder und Enkel mit ihrem Schichtteil beteiligt gewesen seien.

Ihr Einspruch und ihre Berufung sind als unbegründet zurückgewiesen. Auch die RBeschw. kann keinen Erfolg haben. Das FinGer. hat in Auseinandersetzung mit der gegenteiligen Meinung dargelegt, daß § 8 der genannten VO. nach seinem klaren Wortlaut jede gemeinschaftliche Verfügung der Eheleute über das Gesamtgutsvermögen sowohl unter Lebenden als auch von Todes wegen zulasse, und daß davor auch die Regel des § 16, wonach beim Vorhandensein von Kindern der überlebende Ehegatte mit ihm die Gütergemeinschaft fortsetzt und das dem Verstorbenen am Gemeinschaftsgut zugestandene Miteigentum an die Kinder fällt, zurücktrete; diese Auffassung entspreche der bisherigen ständigen Verwaltungsübung der lippischen Gerichte sowie der Regelung im Westfälischen Güterrecht; erst in neuerer Zeit habe sich im Anschluß an zwei Urteile des OLG. Celle aus den Jahren 1910 und 1917 die Rspr. einzelner lippischer Gerichte geändert, so daß die Rspr. zwar nicht mehr so einheitlich sei wie früher; aber dieser neueren Rspr. sei nicht zu folgen. Das FinGer. hat sich auch auf eine amtliche Auskunft des Nachlaßgerichts zu der Streitfrage gestützt, die dahin geht, daß das Nachlaßgericht und alle übrigen lippischen AG. — abgesehen von einer angeblichen gegenteiligen Auffassung eines einzelnen AG. aus jüngster Zeit — auf dem Standpunkt stehen, daß eine gemeinschaftliche letztwillige Verfügung, die die Folgen des Lippischen Güterrechts für die Erben beseitigt, nicht ungültig sei und daß in der Praxis bisher keinerlei begründete Zweifel gegen die Gültigkeit solcher wechselseitiger Testamente, in denen dem überlebenden freie Verfügung vorbehalten werde, geltend gemacht worden seien. Das AG. hat sich dabei darauf berufen, daß auch in dem für das Lippische Recht maßgeblichen Werk, Meyers Kolonatsrecht § 39 S. 326, die gleiche Auffassung vertreten und begründet werde, desgleichen von dem am AG. Detmold in langjähriger Berufstätigkeit für diese Frage früher zuständig gewesenen Richter. Der Senat hält es für geboten, dieser bisher herrschenden und offensichtlich langjähriger Rechtsübung entsprechenden Anschauung den Vorzug zu geben vor der gegenteiligen, erst in jüngerer Zeit, also in einem Zeitpunkt des Absterbens dieses Landesrechts, hervorgetretenen Anschauung, zumal da diese gegenteilige Anschauung durch den vom OLG. Celle betonten Gesichtspunkt der Konsolidation nicht unbedingt gefordert wird. Dem Senat erscheint es im jetzigen vorgeschrittenen Zeitpunkt der Entwicklung des gemeindeutschen bürgerlichen Rechts auch vertretbar, bestrittenen Rechtsvorschriften alter Landesrechte nach Möglichkeit eine Deutung zu geben, die der durch das Reichsrecht geschaffenen Rechtslage entspricht, d. h. für den vorl. Fall die Auffassung gelten läßt, daß die Eheleute in einem gemeinschaftlichen Testament sich gegenseitig zum Erben einsetzen können mit der Folge, daß damit stillschweigend die

Kinder vom Eintritt in die Gütergemeinschaft ausgeschlossen sind, fortgesetzte Gütergemeinschaft also nicht eintritt (vgl. §§ 1511, 1516, 1508 BGB.). Diese Auffassung wird im vorl. Falle durch das eigene Verhalten der BeschwF. erleichtert, denn sie haben beim AG. einen Erbschein dahin beantragt und erwirkt, daß die Mutter auf Grund des gemeinschaftlichen Testaments Alleinerbin ihres Ehemanns geworden ist, und sie haben auf Grund dieses Erbscheins die erbrechtlichen Verhältnisse geregelt. Wenn sie hierbei auch lediglich von dem verständlichen Wunsch nach alsbaldigem Besitz eines Erbausweises geleitet worden und sich der weiteren Auswirkung ihres Verhaltens nicht bewußt gewesen sein mögen, so erscheint es doch nicht angängig, sie für einen Teil ihrer privaten und öffentlichen Geschäfte und Belange als Erben der Mutter und für einen anderen Teil als Erben des Vaters **und** der Mutter gelten zu lassen. Dementsprechend hat der RFH. im Urt. III A 288/33 v. 12. Okt. 1933 (RStBl. 1933, 1160 und 1173: StW. 1933 Nr. 767) und im nicht veröffentlichten Urt. IIIe A 38/33 vom 25. Okt. 1934 ausgesprochen, daß die Beteiligten einen von ihnen — unter eidesstattlicher Versicherung — beantragten und erwirkten Erbschein, der nach § 2365 BGB. die Vermutung der Richtigkeit für sich habe, gegen sich gelten lassen müssen, und daß die Steuerbehörde eine vom Erbschein abweichende Rechtsauffassung jedenfalls dann ablehnen könne, wenn die Beteiligten die in dem Erbschein niedergelegte Rechtsauffassung widerspruchslos annehmen und bei der Regelung ihrer gegenseitigen Beziehungen davon ausgehen. Im übrigen hat der RFH. in ständiger Rspr. den Standpunkt vertreten, daß bei Streit über Erb- oder sonstige Anfälle die vergleichsweise Regelung durch die Beteiligten in der Regel auch die Grundlage der erbschaftsteuerlichen Behandlung zu bilden hat. In Ausweitung dieses Gedankens wird man allgemein sagen können, daß bei ernsthafter Zweifelhaftigkeit der Erbrechtslage diejenige Rechtsgestaltung, zu der sich alle Beteiligten in ihrem Rechtsverkehr ernstlich bekennen, regelmäßig auch für die erbschaftsteuerliche Behandlung anzuerkennen ist. Daß nach dem Tode des Vaters die Beteiligten den Grundbesitz auf die fortgesetzte Gütergemeinschaft haben umschreiben lassen, ist hier noch nicht entscheidend, da damals mangels Kenntnis oder Veröffentlichung des Testaments von einer **zweifelhaften** Rechtslage nicht die Rede sein konnte. Wohl aber wird man in diese Gedankengänge den Erbscheinantrag und die sich an den Erbschein anknüpfenden Rechtshandlungen der Beteiligten einfügen und darin die Anerkennung des Testaments und der Alleinerbschaft der Mutter sehen müssen mit der Folge, daß die damit zum Ausdruck gekommene Rechtsauffassung auch die Grundlage für die Erbschaftsbesteuerung bilden muß.

(RFH., III. Sen., Urt. v. 27. Juli 1938, IIIe 12/38.)

*

× 59. §§ 4 Nr. 5 a und b, 7 Abs. 3 UmsStG. 1934.

1. Die Befreiungsvorschrift in § 4 Nr. 5 a gilt nicht für ausländische Gemeinden.

2. Wird elektrischer Strom über inländische Zähler von einem inländischen Erzeugerwerk an ein ausländisches Verteilerwerk und von diesem an inländische Abnehmer geliefert, so ist die zweite Lieferung nicht umsatzsteuerfrei nach § 4 Nr. 5 b.

3. Auch für die Lieferung von elektrischem Strom gilt die Großhandelsbegünstigung in § 7 Abs. 3.

4. Die genannte Großhandelsbegünstigung gilt auch für ausländische Steuerpflichtige.

Die Steuerpflichtige, das Städtische Elektrizitätswerk in X. (Ausland), erzeugt selbst keinen elektrischen Strom. Sie bezieht ihn teils von dem elektrischen Werk in F. (Inland), teils von dem elektrischen Werk in A. (Ausland) und formt ihn — im Ausland — um; die Zähler für die Abnahme des von dem Werk in F. erzeugten Stroms stehen im Inland. Die Steuerpflichtige beliefert u. a. auch reichsdeutsche Abnehmer, und zwar teils Industrie- oder Elektrizitätswerke, teils Kleinabnehmer in mehreren Ortschaften; auch die Zähler für die Belieferung stehen im Inland. Die reichsdeutschen Kleinabnehmer erhalten in einigen Orten Strom, den das Werk in F. erzeugt hat, in anderen Orten Strom, der aus dem Werk in A. stammt; die stromabnehmenden reichsdeutschen Industrie- oder Elektrizitätswerke erhalten Strom aus dem Werk in F.

Für 1935 sind nach dem Berufungsurteil alle Stromlieferungen der Steuerpflichtigen ins reichsdeutsche Gebiet zur Umsatzsteuer heranzuziehen, und zwar mit 2% soweit sie an Verbraucher gehen, mit 1/2% soweit sie im Großhandel erfolgen. Gegen dieses Urteil haben das FinA. und die Steuerpflichtige RBeschw. eingelegt; das FinA., weil es durchweg einen Steuersatz von 2% angewendet wissen will, die Steuerpflichtige, erstens weil sie Umsatzsteuer nur insoweit entrichten will, als sie im Ausland erzeugten Strom geliefert hat, zweitens weil sie für die Vermietung der Meßgeräte im reichsdeutschen Versorgungsgebiet steuerfrei sein will.

I. Die Steuerpflichtige ist ein städtisches Elektrizitätswerk im Ausland. Sie nimmt mit Recht die allgemeine Steuerbefreiung in § 4 Ziff. 5 a UmsStG. 1934 nicht für sich in Anspruch. Wenn dort die Lieferungen von Elektrizität durch „das Reich, die Länder, Gemeinden, Gemeindeverbände oder Zweckverbände" für steuerfrei erklärt sind, sind damit nur reichsdeutsche Länder, reichsdeutsche Gemeinden usw. gemeint; denn das Reich konnte keinerlei Anlaß haben, die kommunalpolitischen Erwägungen, die zu der Befreiungsvorschrift geführt haben, auf ausländische Gemeinden usw. anzuwenden. Damit entfällt aber auch die von der Steuerpflichtigen begehrte Steuerbefreiung für die Vermietung der Meßgeräte; denn diese Steuerbefreiung wird nach § 24 UmsStDurchfBest. 1934 nur in Durchführung des § 4 Ziff. 5 a des Ges., also nur dem Reich, den reichsdeutschen Ländern und Gemeinden usw. gewährt. In diesem Punkte ist also die RBeschw. der Steuerpflichtigen unbegründet.

II. Soweit die Steuerpflichtige **im Ausland erzeugten** elektrischen Strom ins Inland geliefert hat, ist sie — wie sie selbst nicht bestreitet — umsatzsteuerpflichtig.

Die Verfügungsmacht an elektrischem Strom wird an den Abnehmer dort bewirkt, wo der Zähler angebracht ist (Entsch. v. 13. Sept. 1935, V A 415/35: RFH. 38, 200 = JW. 1936, 288[83]). Die Zähler stehen vorliegendenfalls im Inland. Hiernach ist die Fortleitung des elektrischen Stroms von der Steuerpflichtigen bis zu den Zählern ein (ausgleichsteuerfreies) Verbringen ins Inland, die Übergabe bei den Zählern an die reichsdeutschen Abnehmer eine **Lieferung im Inland**, und zwar die **erste** Lieferung im Inland. Die Befreiungsvorschrift in § 4 Ziff. 5 b UmsStG. 1934 kommt also nicht zur Anwendung.

In der Frage des anzuwendenden **Steuersatzes** kann dem FinA. nicht beigetreten werden. Ein Grund, die Steuervergünstigung in § 7 Abs. 3 UmsStG. 1934 Ausländern ganz allgemein zu versagen, ist nicht einzusehen. Auch die Lieferung von elektrischem Strom ist eine Lieferung im Sinne des Umsatzsteuerrechts und damit auch des § 7 Abs. 3; das ergibt sich schon aus dem Wortlaut des § 4 Ziff. 5, wo von „Lieferungen von Elektrizität" die Rede ist. Auch der elektrische Strom gehört zu den „Gegenständen" im Sinne dieser Vorschrift. § 4 Ziff. 5 b ist eine Befreiungsvorschrift und hat mit der Höhe des Steuersatzes nichts zu tun; § 7 Abs. 3 hingegen ist eine den Steuersatz betreffende Vorschrift und ist auf alle nicht befreiten Lieferungen anzuwenden. Hiernach hat das FinGer. mit Recht einen Steuersatz von 1/2% angewendet, soweit die Voraussetzungen in § 7 Abs. 3 gegeben waren. Zweifelhaft erscheint es allerdings, ob das FinGer. mit seinen Worten „Unstreitig sind auch die Vorschriften des Buchnachweises gewahrt ...", hat feststellen wollen, daß die erforderlichen Bücher **im Inland** geführt worden sind (§ 49 Ziff. 4, § 23 Abs. 1 Satz 1, auch Abs. 2 UmsStDurchfBest. 1934). Hierwegen wird noch eine Nachprüfung erforderlich sein.

III. Die Sache liegt auch nicht anders, soweit die Steuerpflichtige den **aus dem Inland bezogenen** Strom wieder ins Inland geliefert hat.

Von der Steuerbefreiung der Elektrizitätslieferung durch zusammenhängende Leitungen ist in § 4 Ziff. 5 b UmsStG. 1934 die erste Lieferung im Inland ausgenommen. Wird der elektrische Strom im Inland erzeugt und nur im Inland weitergeleitet, so kann es nicht zweifelhaft sein, daß als „erste Lieferung im Inland" die Lieferung vom Erzeugerwerk an den ersten Abnehmer zu gelten hat. Im vorl. Streitfall durchläuft aber der im Inland erzeugte Strom auch ausländische Leitungen. Bei Zugrundelegung der Rechtsauffassung der Steuerpflichtigen würde sich hieraus folgende umsatzsteuerrechtliche Gestaltung ergeben: Der Strom ist im Inland erzeugt, über im Inland stehende Zähler an die Steuerpflichtige ins Ausland geliefert, dort umgeformt und sodann (über im Inland stehende Zähler) wieder ins Inland geliefert worden. Es ist deshalb derselbe elektrische Strom, der von dem Werk in F. an die Steuerpflichtige und von dieser wieder an die inländischen Abnehmer geliefert wird; er legt diesen Weg „durch zusammenhängende Leitungen mehrerer Unternehmer" — wie es in § 4 Ziff. 5 b heißt — zurück. Hiernach wären aber nach der eben genannten Vorschrift alle Lieferungen dieses elektrischen Stroms umsatzsteuerfrei mit Ausnahme der ersten Lieferung im Inland. Die erste Lieferung im Inland würde aber nicht von der Steuerpflichtigen, sondern von dem Werk F. an die Steuerpflichtige vollzogen; denn diese Lieferung läuft, wie erwähnt, über im Inland stehende Zähler. (Und diese Lieferung wäre als Ausfuhrlieferung ebenfalls umsatzsteuerfrei nach § 4 Ziff. 3 UmsStG. 1934.)

Eine solche Schlußfolgerung würde dem Zweck und der wirtschaftlichen Bedeutung (§ 1 Abs. 2 StAnpG.) der Vorschrift in § 4 Ziff. 5b UmsStG. 1934 zuwiderlaufen. Auf diese Weise würde ein Unternehmer, der in der Nähe der Reichsgrenze elektrischen Strom erzeugt, jede Umsatzsteuerleistung für die Weiterlieferung des Stroms — für sich und die ganze Abnehmerreihe — dadurch umgehen können, daß er den Strom einem ausländischen Unternehmer zuleitet und von diesem zurückleiten läßt. Das kann nicht gewollt sein. Deshalb kann in den Fällen, in denen im Inland erzeugter Strom ins Ausland geht und von dort wieder zurückgeleitet wird, die Zählung für die Feststellung, wo die „erste Lieferung im Inland" stattfindet, erst da beginnen, wo der elektrische Strom wieder ins Inland gelangt. Man wird den Grundgedanken dieser Gesetzesvorschrift sonach dahin zu umreißen haben, daß Lieferungen von elektrischem Strom einmal wenigstens der Umsatzsteuer unterliegen, sofern nicht die besondere Befreiungsvorschrift in § 4 Ziff. 5a Platz greift. Hiernach gilt im vorl. Streitfalle auch für den Strom, den die Steuerpflichtige aus dem Inland bezogen hat, dasselbe wie für den von ausländischen Erzeugerwerken bezogenen Strom: Die Fortleitung des Stroms von der Steuerpflichtigen bis zu den Zählern ist ein (ausgleichsteuerfreies) Verbringen ins Inland, die Übergabe bei den Zählern an die reichsdeutschen Abnehmer ist die erste Lieferung im Inland. Sie ist umsatzsteuerpflichtig.

(RFH., 5. Sen., Urt. v. 15. Juli 1938, V 209/37 S.)

*

× **60. § 245 RAbgO.; §§ 1 Nr. 1, 2 Abs. 1 UmsStG. 1934.**

1. Wenn das eine Rechtsmitteleinlegung enthaltende Schreiben innerhalb der Rechtsmittelfrist an eine der in § 249 Abs. 3 RAbgO. genannten Stellen gelangt, seine Annahme aber verweigert wird, weil die Sendung ungenügend oder nicht freigemacht ist, so gilt das Rechtsmittel als rechtzeitig eingelegt.

2. Ein Rechtsanwalt, der einen der Berufsausübung gewidmeten Kraftwagen veräußert, ist hierwegen umsatzsteuerpflichtig. †)

Der BeschwF., ein Rechtsanwalt, hat i. J. 1936 einen Kraftwagen, der unstreitig für berufliche Zwecke angeschafft und verwendet worden war, für 2685 RM verkauft. Er ist auch aus diesem Betrag zur Umsatzsteuer herangezogen worden. Nachdem Einspruch und Berufung erfolglos geblieben waren, hat er hierwegen RBeschw. eingelegt mit der Begründung, die Veräußerung des Kraftwagens liege nicht im Rahmen seines Unternehmens, auch fehle es bei der Einmaligkeit des Vorgangs an einer nachhaltigen Tätigkeit.

Die RBeschwSchrift ist in einem den Namen des Absenders tragenden verschlossenen Umschlag am letzten Tage der RBeschwFrist an das FinGer. gelangt. Dieses hat die Annahme der Sendung verweigert, weil sie ungenügend freigemacht war. Hierauf hat der BeschwF. die RBeschwSchrift in demselben, nun ausreichend freigemachten Umschlag erneut an das FinGer. eingesandt. Sie ist dort drei Tage nach Ablauf der RBeschwFrist eingegangen.

Die RBeschw. ist zulässig, aber unbegründet.

Zur Frage der Annahme ungenügend oder nicht freigemachter Postsendungen hat der RFM. für seinen Geschäftsbereich mit Erl. v. 16. Sept. 1935, H 4702 — 9 III/9 II (RStBl. 1935, 1185 = RFBl. 1935, 156) unter Abschn. B VI angeordnet:

„Beim Eingang von Postsendungen, auf denen Postgebühren haften, ist nach § 51 V, 2 der PostO. v. 30. Jan. 1929 (RGBl. I, 33) zu verfahren, der lautet: ‚Reichs- oder Staatsbehörden können nach der Annahme und dem Öffnen einer Sendung die darauf haftenden Gebühren vom Absender durch die Postanstalten einziehen lassen; dazu bedarf es bei Postkarten und Paketen eines schriftlichen Antrags, bei anderen Sendungen der Rückgabe der Umschläge.'"

Hiernach sind die Finanzbehörden — zu denen auch die FinGer. gehören — verpflichtet, auch ungenügend oder nicht freigemachte Postsendungen anzunehmen. Dies gilt bei offenen Sendungen (Postkarten) jedenfalls dann, wenn der Absender erkennbar ist, bei verschlossenen Sendungen auch dann, wenn der Absender aus der Außenseite der Sendung nicht erkennbar ist. Lehnt eine Finanzbehörde die Annahme einer Sendung ab, obwohl sie nach dem Gesagten zur Annahme verpflichtet wäre, so muß die Sendung für die Wahrung von Fristen als an dem Tag eingegangen gelten, an dem sie erstmals an die Behörde gelangt ist. Im vorl. Streitfall ist hiernach die RBeschw. rechtzeitig beim FinGer. eingegangen; sie ist daher zulässig.

Die Frage, ob ohne den erwähnten Erlaß des RFM. anders zu entscheiden gewesen wäre, bedarf bei der gegebenen Sachlage keiner Erörterung.

In sachlicher Hinsicht kann der RBeschw. nicht gefolgt werden. Mit Entsch. v. 30. Jan. 1931, V A 1030/29: RFH. 28, 100 hat der erk. Sen. ausgesprochen, daß zu den Lieferungen, die jemand innerhalb der von ihm selbständig ausgeübten gewerblichen Tätigkeit ausführe, jede Veräußerung von Gegenständen gehöre, die dem Betrieb des Unternehmens gewidmet sind. Die berufliche Tätigkeit des Rechtsanwalts steht der gewerblichen Tätigkeit umsatzsteuerrechtlich gleich (vgl. hierzu auch die Entsch. v. 7. April 1933, V A 150/33: RFH. 33, 41). Daß das UmsStG. 1934 statt von einer „innerhalb der von ihm selbständig ausgeübten" Tätigkeit, von einer Tätigkeit „im Rahmen seines Unternehmens" spricht, ändert an der Sache nichts. Zu den Hilfsgeschäften, die nach der genannten Entsch. von der Umsatzsteuerpflicht mit ergriffen werden, gehört bei einem Rechtsanwalt auch die Veräußerung eines der Berufsausübung gewidmeten Kraftwagens. Der Einwand, es liege keine nachhaltige Tätigkeit vor, geht fehl. Die Frage der Nachhaltigkeit muß geprüft werden, wenn zu entscheiden ist, ob jemand eine „gewerbliche oder berufliche Tätigkeit" i. S. des § 2 Abs. 1 UmsStG. 1934 ausübt. Ist eine solche Tätigkeit und damit die umsatzsteuerrechtliche Unternehmereigenschaft festgestellt, so braucht nicht für jedes einzelne Teilgebiet dieser Tätigkeit festgestellt zu werden, ob gerade diese besondere Tätigkeit — für sich allein betrachtet — nachhaltig ausgeübt werde. Man würde andernfalls z. B. zu dem Ergebnis kommen, daß ein Rechtsanwalt, der im allgemeinen keine Konkursverwaltungen übernimmt, nicht zur Umsatzsteuer herangezogen werden kann, wenn er es ausnahmsweise einmal doch tut. Für Hilfsgeschäfte gilt das Gesagte ebenso wie für besondere Teilgebiete der ausgeübten gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit.

(RFH., 5. Sen., Urt. v. 24. Juni 1938, V 150/38 S.)

Anmerkung: 1. Der Standpunkt des RFH., wonach die Finanzbehörden und FinGer. verpflichtet sind, auch ungenügend oder nicht freigemachte Postsendungen anzunehmen, ist für die Praxis von erheblicher Bedeutung. Die Fälle, in denen Postsendungen von Behörden wegen ungenügender Freimachung zurückgesandt werden, gehören nicht zu den Seltenheiten. Es besteht daher an sich die Gefahr, daß bei nicht genügender Freimachung auch Schriftstücke wichtigen Inhalts zurückgesandt werden und daß hierdurch die Wahrung von Fristen verhindert wird. Für die Wahrung von Fristen ist jedenfalls die Rechtslage nunmehr einwandfrei geklärt.

2. Ein Rechtsanwalt, der für berufliche Zwecke einen Kraftwagen anschafft und verwendet, kann den Kaufpreis, verteilt auf die Dauer der beruflichen Nutzung des Kraftwagens, als Betriebsausgaben vom beruflichen Einkommen absetzen, ebenso wie die laufenden Kosten der Unterhaltung des Kraftwagens. Der Kraftwagen wird zum Berufsvermögen. Die Veräußerung des Kraftwagens ist ebenfalls ein beruflicher Vorgang, und zwar ein sog. Hilfsgeschäft. Der Erlös aus dem Verkauf des Kraftwagens ist berufliche Einnahme. Diese unterliegt der Umsatzbesteuerung.

Dr. Dr. Megow, Berlin
Rechtsanwalt und Notar, Fachanwalt für Steuerrecht.

*

× **61. §§ 253, 294 Abs. 2 RAbgO. Die Zurücknahme der RBeschw. ist auch noch nach Erlaß eines Vorbescheids zulässig. †)**

Der Senat hat durch Vorbescheid v. 28. Jan. 1938 unter Zurückweisung der RBeschw. und Änderung der Vorentscheidung den Einheitswert des Betriebsvermögens um 1 851 266 RM herabgesetzt.

Nach Erlaß dieses Vorbescheids hat die BeschwF. Anberaumung der mündlichen Verhandlung beantragt, aber nach Ansetzung des Verhandlungstermins die RBeschw. zurückgenommen. Der Senat hat darauf die RBeschw. als erledigt und den Vorbescheid als gegenstandslos behandelt und den Verhandlungstermin aufgehoben. Dieser Behandlung hat das FinA. mit folgender Begründung widersprochen:

Nach der Entsch. des RFH. v. 1. März 1933, VI A 1493/32: RFH. 32, 349 = RStBl. 1933, 303 = StW. 1933 Nr. 329, sei eine Zurücknahme der RBeschw., nachdem ein Vorbescheid erlassen sei, ausnahmslos nicht mehr zulässig. Das müsse unter der Herrschaft des StAnpG in verstärktem Maße gelten; es könne heute nicht mehr angehen, daß ein Spruch des höchsten deutschen Gerichts durch die Handlung eines StPfl., die sich ausschließlich als ein taktisches Manöver darstelle, zum Verschwinden gebracht und dadurch u. U. der unrichtig gewesenen Vorentscheidung wieder Geltung verschafft werde. Aus § 311 Abs. 3 Satz 2 RAbgO. folge nicht, daß auch nach Erlaß eines Vorbescheids die Zurücknahme des Rechtsmittels unter allen Umständen zulässig sein müsse. Es müsse fraglich erscheinen, ob einer unter den Vorschriften über die Verfahrenskosten enthaltenen Bestimmung eine so weitreichende Bedeutung für die Frage der Zulässigkeit oder Unzulässig-

keit einer verfahrensmäßigen Handlung überhaupt beigemessen werden könne. Die Begründung zu § 21 Ziff. 31 StAnpG., durch den der Satz 2 in den § 311 Abs. 3 a. F. eingefügt worden sei, spreche kaum dafür; nach dieser Begründung sollte man vielmehr annehmen, daß der Gesetzgeber sich **nur** über die Kosten habe aussprechen wollen; man könne daher, ohne dem Wortlaut Gewalt anzutun, diese Bestimmung auch dahin auslegen, daß die Ermäßigung auf die Hälfte dann nicht in Frage komme, wenn bereits ein Vorbescheid ergangen sei **und** — was selbständig zu prüfen bleibe — die Zurücknahme des Rechtsmittels überhaupt zulässig sei. Auf Grund des § 28 Ziff. 54 EinfG. zu den RealsteuerG. v. 1. Dez. 1936 habe der RFH. ein unbeschränktes Verschlimmerungsrecht, dieses würde praktisch in einer Vielzahl von Fällen beseitigt werden, wenn man nach Erlaß eines Vorbescheids die Zurücknahme der RBeschw. zulassen würde.

Das FinA. möchte daher die Zurücknahme der RBeschw. als nicht erfolgt oder als unwirksam ansehen, es hat beantragt, erneut mündliche Verhandlung anzuberaumen.

Der zum Verfahren zugezogene RFM. hat sich zu der Streitfrage wie folgt geäußert:

§ 311 Abs. 3 Satz 2 RAbgO. bringe zum Ausdruck, daß die drei Fälle des § 252 Abs. 2 Satz 1, des § 271 Abs. 2 Satz 2 und des § 294 Abs. 2 Satz 1 **gleichmäßig** zu behandeln seien; auch die **Begründung** zu dieser Gesetzesbestimmung (RStBl. 1934, 1421) gehe davon aus, daß der Rechtsmittelführer auch dann noch die RBeschw. zurücknehmen könne, wenn bereits eine vorläufige Entscheidung bekanntgegeben sei. Diese Auffassung stehe auch im Einklang mit dem Zweck des Ges.: § 294 Abs. 2 wolle einen Ausgleich schaffen zwischen den Belangen des Reichs und den Belangen des StPfl. Für das Reich stelle § 294 Abs. 2 eine wesentliche Vereinfachung dar. Ihretwillen habe man in Kauf genommen, daß der StPfl. gegen eine höchstrichterliche Entscheidung — nämlich einen Vorbescheid — Vorstellungen erheben (Antrag auf mündliche Verhandlung stellen) könne. Den Belangen des StPfl. trage § 294 Abs. 2 in folgender Weise Rechnung: Der Vorbescheid nehme den StPfl. nicht die Möglichkeit, mündliche Verhandlung herbeizuführen, es werde also der im § 294 Abs. 1 enthaltene Grundsatz nicht durchbrochen. Der Vorbescheid schließe die Rechtsbeschwerdestufe nicht ab. Er unterscheide sich also in grundsätzlicher Weise von den Entscheidungen, die eine Rechtsmittelstufe abschließen. Dieses Ergebnis sei eine Folge davon, daß der Vorbescheid kein **Urteil** sei. Damit der Vorbescheid zum Urteil werde, müsse hinzukommen, daß die Beteiligten sich mit dem Vorbescheid **abfänden**, sich **ihm unterwürfen** dadurch, daß keiner der Beteiligten in der vorgesehenen Frist Antrag auf mündliche Verhandlung stelle; stelle ein Beteiligter binnen zwei Wochen Antrag auf mündliche Verhandlung, so bestehe, solange der Antrag nicht zurückgenommen sei, für den Vorbescheid nicht die Möglichkeit, zum Urteil zu werden (die Wirkung eines Urteils zu erlangen). Solange der Vorbescheid nicht zum Urteil geworden sei und solange die mündliche Verhandlung nicht geschlossen sei, könne die RBeschw. zurückgenommen werden. Nach § 253 Satz 1 könnten Rechtsmittel bis zur Unterzeichnung der Rechtsmittelentscheidung und bei mündlicher Verhandlung bis zum Schlusse der mündlichen Verhandlung zurückgenommen werden. „Rechtsmittelentscheidung" i. S. dieser Bestimmung sei nur eine die Rechtsmittelstufe abschließende Entscheidung (ein Urteil). Ein Vorbescheid könne als „Rechtsmittelentscheidung" in diesem Sinne erst von dem Zeitpunkt angesehen werden, zu dem der Vorbescheid zum Urteil geworden sei (die Wirkung eines Urteils erlangt habe). § 271 Abs. 2 Satz 4 „der vorläufige Bescheid gilt als nicht ergangen" dürfe nicht dahin ausgelegt werden, daß die vorläufige Entscheidung zu einem rechtlichen Nichts werde. Zur Zeit der Stellung des Antrags auf mündliche Verhandlung habe der Vorbescheid noch nicht die Wirkung eines Urteils erlangt, daher könne man auch nicht sagen, daß durch die Zurücknahme des Antrags der Schwebezustand wiederhergestellt werde, der vor der Antragstellung bestanden habe, vielmehr habe die Zurücknahme des Antrags auf mündliche Verhandlung zur Folge, daß in dem Zeitpunkt, in dem der Antrag auf mündliche Verhandlung zurückgenommen werde, der Vorbescheid zum Urteil werde (die Wirkung eines Urteils erlange). Der Umstand, daß durch das RealsteuereinführungsG. das Verschlimmerungsverbot beseitigt sei, sei für die Frage, ob nach Erlaß eines Vorbescheids noch Zurücknahme der RBeschw. zulässig sei, ohne Bedeutung.

Der Senat tritt dieser Auffassung des RFM. bei. Ihr Ergebnis entspricht der Rechtsübung der Senate des RFH. in den letzten Jahren. Für eine mündliche Verhandlung ist daher kein Raum mehr.

(RFH., 3. Sen., Beschl. v. 14. Juli 1938, III 229/37.)

Anmerkung: 1. Gemäß § 294 Abs. 1 RAbgO. **muß** der RFH. über die RBeschw. mündlich verhandeln, wenn es ein Beteiligter beantragt. Trotz Antrages kann vorerst ohne eine solche durch einen sog. Vorbescheid entschieden werden. Dieser Vorbescheid gilt als Urteil, wenn ein Beteiligter nicht innerhalb zweier Wochen, vom Tage der Zustellung ab gerechnet, die Anberaumung der mündlichen Verhandlung beantragt (§ 294 Abs. 2 RAbgO.). Von der Möglichkeit des Erlasses von Vorbescheiden wird vom RFH. häufiger Gebrauch gemacht.

2. Nach Erlaß des Vorbescheides haben die Beteiligten die Möglichkeit:

a) sich bei dem Vorbescheid zu beruhigen. Dann gilt der Bescheid als Urteil, wenn nicht binnen 2 Wochen, vom Tage der Zustellung an gerechnet, die Anberaumung der mündlichen Verhandlung beantragt wird;

b) die Beteiligten können die Anberaumung einer mündlichen Verhandlung beantragen. Dann wird trotz Erlaß eines Vorbescheides die Sache vor dem RFH. verhandelt.

3. Die Beteiligten können trotz des Vorbescheides innerhalb der zweiwöchigen Antragsfrist die RBeschw. zurücknehmen. Die Zurücknahme der RBeschw. kann auch erfolgen, wenn ein Antrag auf mündliche Verhandlung gestellt ist, bis zum Schluß der mündlichen Verhandlung, auf Grund deren entschieden werden soll (§ 253 RAbgO.). Es ist jedoch zu beachten, daß die **Zurücknahme des Rechtsmittels den Fortgang des Verfahrens nicht hemmt**, wenn sich ein sonst Beteiligter vorher dem Rechtsmittel angeschlossen hat (§ 253 letzter Satz RAbgO.). Bei der Rücknahme eines Rechtsmittels seinem vollen Umfange nach wird lediglich die Hälfte der Rechtsmittelgebühr erhoben. Diese Ermäßigung findet jedoch nicht statt, wenn der Rechtsmittelführer das Rechtsmittel selbst zurücknimmt, nachdem ihm ein Vorbescheid bekanntgegeben worden ist (§ 311 Abs. 3 letzter Satz RAbgO.).

4. Nach Erlaß eines Vorbescheides hatte der StPfl. die RBeschw. zurückgenommen. Der 3. Sen. hatte daraufhin die RBeschw. als erledigt betrachtet und den Vorbescheid als gegenstandslos behandelt. Der Verhandlungstermin wurde aufgehoben. Demgegenüber verlangte ein FinA. Anberaumung eines Verhandlungstermins. In der Begründung wurde seitens des FinA. darauf hingewiesen, daß das Verhalten des StPfl. sich als taktisches Manöver darstelle, das nach nationalsozialistischer Weltanschauung nicht geduldet werden könne. Der RFM. hat sich auf den Standpunkt gestellt, daß die Zurücknahme des Rechtsmittels trotz Vorliegens eines Vorbescheides zulässig ist. Dieser Standpunkt entspricht auch der Rechtsübung des RFH.

5. Auf Grund dieser Entscheidung kann festgestellt werden, daß sowohl der RFM. als auch der RFH. die verfahrensrechtlichen Schutzbestimmungen der Pflichtigen zu achten gewillt sind, selbst wenn, wie im vorl. Falle, durch die Rücknahme der RBeschw. nach Vorliegen eines Vorbescheides der StPfl. weniger an Steuern zu leisten hat, als dem Standpunkt des Vorbescheides entspricht. Das FinA. hätte ein solches Ergebnis im übrigen dadurch vermeiden können, daß es ebenfalls RBeschw. gegen das Urteil des FinGer. eingelegt hätte.

Dr. Dr. **Megow**, Berlin, RA. und Notar, Fachanwalt für Steuerrecht.

Preußisches Oberverwaltungsgericht

62. §§ 2, 4 KraftfG. Fahrerlaubnis, Radfahrer, Trunksucht. Trunksucht rechtfertigt stets die Versagung (Entziehung) der Kraftfahrerlaubnis. An die Verkehrszucht eines Radfahrers ist zwar nicht stets derselbe strenge Maßstab anzulegen wie an diejenige eines Kraftfahrzeugführers. Jedoch muß der erhöhten Gefahr von Zusammenstößen, die sich aus der Zunahme des Verkehrs und der Fahrgeschwindigkeit der Kraftfahrzeuge ergibt, durch erhöhte Anforderungen auch an die anderen Verkehrsteilnehmer Rechnung getragen werden. Das gilt ebenso wie für die Führer von Pferdefuhrwerken oder Tieren auch für Radfahrer.

Der Kl. ist im Jahre 1925 bis 1931 viermal, und zwar wegen Widerstandes, wegen fahrlässiger Tötung (Motorradunfall), wegen Fahrens ohne Führerschein und wegen gefährlicher Körperverletzung bestraft worden. Wegen des Motorradunfalls wurde ihm seinerzeit der Führerschein abgenommen.

Im Februar 1937 bat er um Rückgabe seines Führerscheins. Der Landrat lehnte diesen Antrag ab, da der Kl. nach den getroffenen Feststellungen die Voraussetzungen für die Erteilung der Fahrerlaubnis nicht erfülle. Er habe u. a. im März 1936 in betrunkenem Zustande die A.-Allee in O. mit seinem Fahrrade befahren und bei der Feststellung seiner Personalien die Namensangabe verweigert, so daß er festgenommen und wegen ungebührlichen Benehmens mit 10 *RM* bestraft worden sei In Anbe-

tracht der bereits erlittenen Vorstrafen und des erneut an den Tag gelegten ungebührlichen Verhaltens könne ihm die Fahrerlaubnis nicht wieder erteilt werden.

Nach fruchtloser Beschw. erhob der Kl. Klage im Verwaltungsstreitverfahren mit dem Antrage, den Landrat zur Herausgabe des Führerscheins zu verurteilen.

Das BezVerwGer. setzte die angefochtene polizeiliche Verfügung außer Kraft: Es könne dahingestellt bleiben, ob dem Kl. anläßlich des Motorradunfalls der Führerschein dauernd oder mit Aussicht auf Wiederaushändigung entzogen worden sei, jedenfalls stelle sich sein Begehren als Antrag auf Erteilung eines Führerscheins gemäß § 2 KraftfG. dar. Dem Antrag könne der Erfolg nicht versagt werden. Die Vorstrafen aus den Jahren 1929 bis 1931 lägen so weit zurück, daß sie dem Kl. jetzt nicht mehr zur Last gelegt werden könnten. Den Zwischenfall vom März 1936 habe das BezVerwGer. milde angesehen. Die Benutzung eines gewöhnlichen Fahrrades im betrunkenen Zustand stelle noch keine ernstliche Verkehrsgefährdung dar. Auch sei dem Kl. nicht nachgewiesen, daß er in concreto den Verkehr gefährdet habe oder sonst etwa ständig dem Trunke zuneige.

Die Rev. des beklagten RegPräs. erwies sich als begründet.

Das BezVerwGer. hat bei seiner Entsch. vor allem den Vorfall aus dem März 1936 einer Würdigung unterzogen und dabei den Satz aufgestellt, daß die Benutzung eines gewöhnlichen Fahrrades in betrunkenem Zustande noch keine ernstliche Verkehrsgefährdung darstelle. Dieser Satz steht mit den Erfahrungen des täglichen Lebens nicht in Einklang. Radfahrer können auf öffentlichen Straßen nicht für sich allein, sondern nur als Teilnehmer an der Verkehrsgemeinschaft betrachtet werden. Mögen sie daher auch unmittelbar keine besonders erhebliche Gefahr für andere bedeuten, so können sie doch durch vorschriftswidriges Verhalten andere Verkehrsteilnehmer zu überraschenden Maßnahmen zwingen und dadurch mittelbar unabsehbaren Schaden anrichten. Wenn daher auch an die zu fordernde Verkehrszucht eines Radfahrers nicht ohne weiteres derselbe strenge Maßstab angelegt werden kann wie an diejenige eines Kraftfahrzeugführers, so muß doch, wie der Gerichtshof bereits aus anderem Anlaß ausgesprochen hat, der erhöhten Gefahr von Zusammenstößen, die sich aus der Zunahme des Verkehrs und der Fahrgeschwindigkeit der Fahrzeuge ergibt, durch erhöhte Anforderungen auch an die anderen Verkehrsteilnehmer Rechnung getragen werden (vgl. RVerwBl. 58, 906, 907 = JW. 1937, 49). Dies gilt ebenso wie für die Führer von Pferdefuhrwerken oder Tieren auch für Radfahrer.

Ob unter Berücksichtigung dieser Gesichtspunkte der hier vorl. Fall von Trunkenheit ausreichte, um die Ungeeignetheit des Kl. zum Führen von Kraftfahrzeugen darzutun, hätte das BezVerwGer. zunächst prüfen müssen. Erachtete es die Ungeeignetheit des Kl. danach nicht für erwiesen, so hätte es die in der Klagebeantwortung und in einem bei den Akten befindlichen Bericht der Ortspolizeibehörde vom 23. Aug. 1937 enthaltene Angabe berücksichtigen müssen, daß der Kl. zum Trunke neige. Es hätte, wenn es bei dem Kl. eine Neigung zum Trunke auf Grund des Vorfalls vom März 1936 allein noch nicht für festgestellt erachtete, gemäß § 71 Abs. 3 LVG. von Amts wegen weitere Ermittlungen über das Verhalten des Kl., insbes. seine Einstellung gegenüber dem Alkohol, veranlassen müssen, ehe es die angefochtene Verfügung aufhob. Denn Trunksucht ist eine Eigenschaft, die in jedem Falle die Entziehung oder Versagung der Kraftfahrerlaubnis rechtfertigt. In dieser mangelnden Aufklärung des Tatbestandes liegt ein wesentlicher Verfahrensmangel, der dazu führte, daß das OVG. die Sache ohne Bindung an die sonst für die Revisionsstufe geltenden Beschränkungen frei zu prüfen hatte (§§ 94, 98 LVG.).

Dabei konnte die Vorgeschichte der Entziehung des Führerscheins dahingestellt bleiben. Denn wenn die Darstellung des Kl. zutrifft und ihm der Führerschein seinerzeit ohne förmliche Entziehung der Fahrerlaubnis abgenommen worden ist, so ist die Verweigerung seiner Herausgabe nach der Rspr. des OVG. als eine Entziehung der Fahrerlaubnis aufzufassen (OVG. 84, 288, 290; 99, 106, 110 = JW. 1937, 420). Die Voraussetzungen aber, unter denen nach § 4 KraftfG. die Fahrerlaubnis entzogen werden kann, sind die gleichen, unter denen nach § 2 KraftfG. eine beantragte Fahrerlaubnis versagt werden kann. Die Entsch. des Rechtsstreits hängt also in beiden Fällen davon ab, ob Tatsachen vorliegen, welche die Annahme rechtfertigen, daß der Kl. zur Führung von Kraftfahrzeugen ungeeignet ist. Diese Frage war zu bejahen.

Der Kl. hat sich, wie seine Vorstrafen beweisen, in früherer Zeit wiederholt gegen die im Interesse der öffentlichen Sicherheit und Ordnung ergangenen Vorschriften hinweggesetzt, auch schon einmal den zuständigen Beamten Widerstand geleistet und sich dadurch als ungeeignet zum Führen von Kraftfahrzeugen gezeigt. Wenn diese Vorfälle auch, wie bereits oben ausgeführt, für sich allein nicht notwendig dazu führen müssen, ihn noch für den Zeitpunkt der angefochtenen Verfügung als ungeeignet erscheinen zu lassen, so können sie doch andererseits bei der Beurteilung des Kl. auch nicht vollständig außer Betracht bleiben. Derartige frühere Verfehlungen begründen vielmehr im allgemeinen eine erhebliche Vermutung dafür, daß die Ungeeignetheit auch weiter vorhanden ist. Diese Vermutung kann zwar durch eine längere, völlig vorwurfsfreie Lebensführung widerlegt werden. Wenn der Betroffene aber später wiederum gegen die gesetzlichen Bestimmungen verstößt, und zwar in einer Weise, die auf ähnliche Charaktermängel schließen läßt, so muß die Frage der Geeignetheit in jedem einzelnen Falle besonders sorgfältig geprüft werden.

Im vorl. Fall ergibt das gesamte Verhalten, das der Kl. bei dem Vorfall vom März 1936 gezeigt hat, jedenfalls im Zusammenhang mit seinen früheren Verfehlungen, daß er zur Führung von Kraftfahrzeugen auch zur Zeit der angefochtenen Verfügung noch nicht geeignet war.

(PrOVG., Urt. v. 19. Mai 1938, IV C 30/38.)

*

63. Baurecht. Illegaler Bauteil. Für die Frage, ob ein Bau oder die Änderung eines bestehenden Bauwerks ohne die erforderliche Genehmigung (formell illegal) ausgeführt wurde, ist das zur Zeit der Bauerrichtung oder der baulichen Änderung bestehende formelle Baurecht zugrunde zu legen. Bei Änderung eines bestehenden legalen Baues durch einen formell legalen oder durch einen formell illegalen Umbau umgestaltender Art erstreckt sich ein nach der Errichtung des Baues neu in Kraft getretenes materielles Baurecht grundsätzlich nur auf die umgestalteten Bauteile selbst; bei formell legalen Änderungen ist das neue materielle Recht, das zur Zeit der Genehmigung der Änderung gilt, anzuwenden, bei formell illegalen Änderungen muß im Falle eines polizeilichen Einschreitens das im Zeitpunkt dieses Einschreitens geltende neue Recht zugrunde gelegt werden. Wird aber ein ursprünglich legaler Bau ohne Genehmigung zwar nur in einzelnen Beziehungen, aber in einer auf den ganzen Bau oder einen ganzen Bauteil sich auswirkenden Weise wesentlich verändert, so kann dadurch der ganze Bau oder Bauteil formell illegal werden (vgl. RVerwBl. 59, 473, 474 = JW. 1938, 1615). Bei einem baupolizeilichen Vorgehen gegen eine solche auf einen Bauteil sich auswirkende bauliche Umgestaltung sind dann für diesen ganzen Bauteil (z. B. ein Dachgeschoß) die zur Zeit des Vorgehens geltenden materiellen Bauvorschriften zugrunde zu legen.

Der Kl. ist Eigentümer des Hauses K.weg 19. Das Haus besteht, abgesehen vom Kellergeschoß, aus drei Vollgeschossen, einem vierten Geschoß darüber, welches der Kl. ebenfalls als Vollgeschoß, die Polizei aber als Dachgeschoß bezeichnet, und endlich aus einem noch höheren Geschoß im Kehlgebälk.

Im September 1935 beantragte der Kl. die baupolizeiliche Genehmigung zu einem Umbau des Hauses, der sich u. a. auch auf zwei im vierten Geschoß bereits vorhandene selbständige Drei-Zimmer-Wohnungen erstrecken sollte. Es war im vierten Geschoß insbes. die Errichtung von neuen Innenwänden und der Einbau von neuen Küchen, Bädern und Aborten vorgesehen. Nachdem die Baupolizei darauf hingewiesen hatte, daß das vierte Geschoß als Dachgeschoß nur zu ²/₃ als Wohnung benutzt werden dürfe, nahm der Kl. das Baugesuch hinsichtlich des Umbaues des vierten Geschosses zurück. Es wurde darauf die Baugenehmigung für die sonstigen Arbeiten erteilt. Bei der Bauabnahme stellte die Baupolizei fest, daß im vierten Geschoß die beiden selbständigen Wohnungen vollständig umgebaut und mit neuen Küchen, Baderäumen und Aborten versehen worden waren. Sie verbot darauf dem Kl. die Vermietung und Benutzung der einen dieser Wohnungen.

Nach erfolgloser Beschw. gegen diese Verfügung erhob der Kl. Klage bei dem BezVerwGer. Er trug vor, die z. Z. geltende Bauordnung sei auf sein bereits 100 Jahre altes Haus nicht anwendbar, die in Frage kommenden Räume des vierten Geschosses seien schon seit jeher als Wohnräume benutzt und jetzt nur ordnungsmäßig instand gesetzt worden; es handele sich auch nicht um ein Dachgeschoß. Durch die Ausführung der angefochtenen Verfügung gehe einem Volksgenossen ein schönes, gesundes Heim verloren. Dies Ergebnis stehe mit nationalsozialistischer Rechtsauffassung und dem Interesse der Volksgemeinschaft nicht im Einklang.

Das BezVerwGer. wies die Klage ab.

Die Rev. des Kl. hatte keinen Erfolg.

Die Rüge, daß die von dem BezVerwGer. herangezogene Bauordnung der Stadt F. v. 23. März 1931 im vorl. Falle nicht anwendbar sei, ist nicht begründet.

Bei der Erörterung der Rechtmäßigkeit eines baupolizeilichen Vorgehens gegenüber einer errichteten baulichen Anlage hat der Verwaltungsrichter zunächst zu prüfen, ob eine baupolizeiliche Genehmigung für die Anlage erforderlich und erteilt, d. h. die Anlage formell legal ist, oder ob sie ohne die erforderliche baupolizeiliche Genehmigung ausgeführt, d. h. formell illegal ist. Diese Regel gilt sowohl, wenn die Baupolizei gegen einen neu errichteten Bau als auch, wenn sie anläßlich baulicher Veränderungen schon bestehender Bauten einschreitet. Die Frage, nach welchem Zeitpunkt sich das für die Frage nach dem Bestehen einer Genehmigungspflicht maßgebende sogenannte formelle Baurecht bestimmt, ist sowohl für eine bauliche Neuanlage wie auch für eine Veränderung bestehender Bauten in demselben Sinne zu beantworten. Daß in dieser Hinsicht für eine *neu errichtete* bauliche Anlage das zur Zeit der Errichtung geltende formelle Baurecht maßgebend ist, bedarf keiner näheren Darlegung. Aber auch die Genehmigungsbedürftigkeit einer baulichen Änderung bestehender Bauten ist stets nach dem zur Zeit der Vornahme der Änderung geltenden formellen Baurecht zu beurteilen (*Drews*, „Preußisches Polizeirecht", Bd. 2, S. 255; *von Brauchitsch*, „Verwaltungsgesetze für Preußen", Bd. 2, 2. Halbband, S. 500, Anm. 3; *Scholz*, „Handbuch des öffentl. Grundstücksrechts", Bd. 1, S. 204). Es handelt sich dabei nicht um die Rückwirkung der über die Genehmigungspflicht bestehenden formellen Bauvorschriften, sondern um deren Anwendung auf einen neuen Tatbestand. Ergibt sich danach, daß eine bauliche Neuanlage oder Änderung der Genehmigung bedarf, ist sie aber trotzdem ohne Genehmigung ausgeführt worden, so folgt daraus noch nicht ohne weiteres die Befugnis der Baupolizei, die Beseitigung einer solchen formell illegalen Anlage oder Änderung zu verlangen oder in sonstiger Weise dagegen einzuschreiten. Diese Befugnis ist vielmehr nach der ständigen Rspr. des OVG. nur dann gegeben, wenn und soweit zugleich ein Verstoß gegen das *materielle* Recht vorliegt (*von Brauchitsch* a. a. O., S. 500 und *Scholz* a. a. O., S. 204 und die dort angeführte Rspr.). Nach der Rspr. des OVG. ist ferner bei dem Einschreiten gegen einen formell illegalen Bau, sei es, daß es sich um eine bauliche Neuanlage oder um die Veränderung eines bestehenden Baues handelt, stets das zur Zeit des Einschreitens geltende materielle Baurecht zugrunde zu legen (*Scholz* a. a. O., S. 204; R.- u. PrVerwBl. 52, 132 und 59, 474 = JW. 1938, 1615). Allerdings erstreckt sich, wie das OVG. für die formell legale Änderung umgestaltender Art eines bestehenden Bauwerks bereits ausgesprochen hat, ein nach der Errichtung des Baues etwa neu in Kraft getretenes und zur Zeit der Genehmigung der Änderung geltendes materielles Baurecht grundsätzlich nur auf die umgestaltende Änderung selbst, so daß bei einer teilweisen Umgestaltung eines vorhandenen Bauwerks die unverändert bleibenden Bauteile regelmäßig dem neuen Recht nicht unterworfen werden (OVG. 97, 208, 209 = RVerwBl. 57, 426 = JW. 1936, 1405); und derselbe Rechtssatz hat auch für die formell illegale Änderung eines legalen Baues mit der Maßgabe zu gelten, daß an Stelle des materiellen Baurechts zur Zeit der Genehmigung bei einem polizeilichen Einschreiten das im Zeitpunkt dieses Einschreitens geltende materielle Baurecht Anwendung findet. Wird aber eine ursprünglich legale bauliche Anlage ohne Genehmigung zwar nur in einzelnen Beziehungen, aber doch in einer auf den ganzen Bau oder einen ganzen Bauteil sich auswirkenden Weise wesentlich verändert, so kann dadurch die ganze Anlage oder der ganze Bauteil illegal werden (RVerwBl. 59, 473, 474 = JW. 1938, 1615). So ist, wenn sämtliche in einem Geschoß vorhandenen Wohnungen durch bauliche Veränderungen umgestaltet werden, regelmäßig davon auszugehen, daß diese bauliche Umgestaltung sich auf das ganze Geschoß auswirkt und daher das ganze Geschoß den Vorschriften des zur Zeit des polizeilichen Einschreitens geltenden Baurechts unterliegt.

Die im vorl. Falle vom Kl. im vierten Geschoß seines Hauses vorgenommenen baulichen Veränderungen der beiden einzigen Wohnungen dieses Geschosses, insbes. der Einbau neuer Küchen, Baderäume und Aborte, waren nach § 1 Ziff. 2 und 3 der bei Ausführung der Arbeiten geltenden Bauordnung vom 23. März 1931 genehmigungspflichtig. Die baupolizeiliche Genehmigung dafür hat der Kl. nicht erhalten, die Änderungen sind also formell illegal. Indem die Baupolizei dem Kl. durch die angefochtene polizeiliche Verfügung verbot, die eine der geänderten Wohnungen des vierten Geschosses weiter als selbständige Wohnung zu vermieten und zu benutzen, schritt sie somit gegen eine formell illegale bauliche Anlage ein.

Bei der Prüfung der Rechtmäßigkeit dieses Einschreitens war nach den dargelegten Rechtsgrundsätzen das zur Zeit des Erlasses der angefochtenen polizeilichen Verfügung geltende materielle Baurecht, das ist ebenfalls die Bauordnung vom 23. März 1931, zugrunde zu legen. Dabei war, da es sich nicht, wie der Kl. behauptet, lediglich um Instandsetzungsarbeiten, sondern um eine grundlegende Neugestaltung beider Wohnungen handelt, das ganze vierte Geschoß den Vorschriften dieser Bauordnung zu unterstellen.

Geht man, wie es auch das BezVerwGer. mit Recht getan hat, von den Bestimmungen dieser Bauordnung aus, so ergibt sich zunächst, daß die Behauptung des Kl., die Wohnungen lägen nicht im Dachgeschoß, unrichtig ist. Als Dachgeschoß wird nach § 7 Ziff. 17 der Bauordnung das Geschoß bezeichnet, welches oberhalb des letzten zulässigen Vollgeschosses liegt. In dem K.weg sind aber drei Vollgeschosse zulässig. Somit ist das vierte Geschoß im Hause des Kl. als Dachgeschoß anzusehen.

Über Dachwohnungen ist in § 27 Ziff. 1 der Bauordnung bestimmt:

„Die Einrichtung selbständiger Wohnungen im Dachgeschoß ist nicht zulässig. In der Innenstadt und im Baugebiet A kann die Baupolizei Ausnahmen zulassen, falls die Belichtung und Belüftung besonders günstig ist. In keinem Falle darf mehr als zwei Drittel des Dachgeschosses zu Räumen zum dauernden Aufenthalt von Menschen ausgenutzt werden."

Hiernach hätte die Baupolizei dem Kl. an sich gemäß § 27 Ziff. 1 der Bauordnung die Benutzung sämtlicher Räume im Dachgeschoß als selbständige Wohnungen verbieten können, und zwar gleichgültig, ob der Kl. selbst oder ein früherer Eigentümer diese Wohnungen eingerichtet hat. Wenn die Baupolizei im vorl. Fall nur die *eine* selbständige Wohnung verbot und im Wege der Ausnahmebewilligung die Beibehaltung der anderen gestattete, so ist der Kl. durch dieses Vorgehen nicht in seinen Rechten beeinträchtigt.

Wenn der Kl. gegenüber dem hiernach berechtigten Einschreiten der Baupolizei auf den Führer und sein Aufbauwerk sich beruft, so kann das nur als ein Mißbrauch, der mit den Absichten des Führers getrieben wird, bezeichnet werden. Der Sinn des planvollen Aufbauwerks des Führers auf dem Gebiet der Wohnungsbeschaffung geht nicht dahin, daß jeder planlos ohne Rücksicht auf die Interessen der Volksgemeinschaft bauen kann, sondern verlangt, daß jeder sich einordnet. Die Vorschriften der Bauordnungen sind zum Nutzen der Gesamtheit erlassen, um die planmäßige Besiedelung des deutschen Bodens zu regeln. Über diese Vorschriften hat der Kl. sich eigenmächtig hinweggesetzt, obwohl er vorher durch die Baupolizei auf die Unzulässigkeit seiner Handlungsweise ausdrücklich aufmerksam gemacht worden war. Anstatt den Hinweis der Behörde zu befolgen, hat er, um die Baupolizei über seine Absichten zu täuschen, seinen Bauantrag bzgl. des vierten Geschosses zurückgenommen. Er hat dann die untersagten Arbeiten trotzdem ausgeführt und so versucht, durch Schaffung vollendeter Tatsachen die Behörden an der Durchführung von Rechtsvorschriften zu hindern, deren Geltung auf dem Willen des Führers beruht. Derartigen Bestrebungen muß gerade im Interesse einer erfolgreichen Durchführung des Aufbauwerks des Führers mit den gesetzlich vorgesehenen Mitteln entgegengetreten werden. Unter diesen Umständen bedeutet es auch keine Härte für den Kl., wenn er die Folgen seines rechtswidrigen Vorgehens tragen muß.

(PrOVG., Urt. v. 12. Mai 1938, IV C 187/36.)

*

64. Art. 4 § 1 WohnG. v. 28. März 1918; § 24 EinheitsbauO. Baurecht. Störung der Einheitlichkeit des Straßenbildes. Bestimmt eine Bauordnung, daß das Äußere der baulichen Anlagen die einheitliche Gestaltung des Straßenbildes nicht stören darf, so kann die Baupolizei auf Grund dieser Vorschrift auch ohne Bekanntgabe von Richtlinien über die künftige Gestaltung des Straßenbildes solche Störungen des Straßenbildes verhindern, die jedes Straßenbild, welcher Art es auch sein mag, beeinträchtigen und daher die Ausbildung eines einheitlichen Straßenbildes von vornherein unmöglich machen würden (vgl. OVG. 84, 422 ff.; 100, 261 ff. = JW. 1937, 2677).

Die Kl. beantragte bei der Baupolizei die Genehmigung zum Umbau ihres Ladens in K. An den Pfeilern zwischen den einzelnen Schaufenstern waren nach den Bauzeichnungen Glasschilder vorgesehen, die in roter Farbe ausgeführt werden sollten. Die Baugenehmigung wurde mit der Maßgabe erteilt, daß in den Zeichnungen die senkrechten Pfeilerschilder von der Baupolizei als wegfallend bezeichnet waren, weil sie das Straßenbild störten. Die Kl. hielt jedoch ihren Antrag auf Genehmigung der roten Pfeilerschilder aufrecht und erhob nach erfolgloser Beschw. Klage im Verwaltungsstreitverfahren.

Das BezVerwGer. setzte die angefochtene polizeiliche Verfügung außer Kraft. Zwar würden die roten Pfeilerschilder unter Umständen in einer ruhigen Wohnstraße störend wirken können. Die hier in Frage kommende Straße sei aber eine breite Verkehrs- und Geschäftsstraße. An den meisten Häusern seien die zwi-

schen den Schaufenstern verbleibenden Pfeiler des Erdgeschosses mit Reklametafeln bedeckt oder zeigten ein von dem oberen Teil des Hauses abweichendes Material. Unter diesen Umständen könne die von der Kl. beabsichtigte Verkleidung der Pfeiler eine Störung des Straßenbildes nicht hervorrufen. Wenn die Baupolizeibehörde auch bestrebt sei, das Bild der Straße mit der Zeit besser und einheitlicher zu gestalten, so dürfte es ihr doch bei der derzeitigen Gesetzeslage innerhalb absehbarer Zeit nicht gelingen, das Straßenbild so zu verbessern, daß die von der Kl. beabsichtigte Verkleidung der Pfeiler störend wirken könnte. Es könne dahingestellt bleiben, ob die Pfeilerschilder unter den Begriff des Reklameschildes i. S. des § 3 Ges. gegen die Verunstaltung von Ortschaften und landschaftlich hervorragenden Gegenden und der auf Grund dieser Vorschrift erlassenen Ortssatzung betr. Werbezeichen fielen. Denn jedenfalls könnten jene Schilder, da sie das Straßenbild nicht störten, auch eine gröbliche Verunstaltung der Straße oder des Ortsbildes nicht bedeuten.

Die Rev. des Bekl. hatte Erfolg.

Nach § 24 Abs. 1 Satz 1 der Bauordnung für den Stadtkreis K. muß das Äußere der baulichen Anlagen in bezug auf Bauart, Bauform, Baustoff und Farbe so beschaffen sein, daß es die einheitliche Gestaltung des Straßenbildes nicht stört. Gegen die Rechtsgültigkeit einer solchen Vorschrift, die sich auf Art. 4 § 1 Ziff. 4 WohnG. v. 28. März 1918 stützt und inhaltlich im wesentlichen dem § 24 der sogenannten Einheitsbauordnung entspricht, bestehen keine Bedenken. Sie dient, wie das OVG. bereits ausgeführt hat, einerseits dazu, das vorhandene Straßenbild gegen Störungen seiner vorhandenen Eigenart zu schützen, andererseits aber kann durch ihre Anwendung auch auf die allmähliche Besserung eines bestehenden unbefriedigenden Zustands hingewirkt werden. Dabei muß allerdings die Baupolizeibehörde, wenn sie die zukünftige Entwicklung des Straßenbildes nach einer bestimmten, nicht ohne weiteres erkennbaren Richtung neugestaltend beeinflussen will, die Regeln, nach denen sich diese Entwicklung vollziehen soll, in der Bauordnung zum Ausdruck bringen (OVG. 100, 261 ff. = JW. 1938, 414). Der Aufstellung solcher Regeln bedarf es jedoch jedenfalls dann nicht, wenn es sich darum handelt, Bauten oder bauliche Anlagen zu verhindern oder zu beseitigen, die der einheitlichen Gestaltung *jedes* Straßenbildes, welcher Art es auch sein mag, stets im Wege stehen und damit die Ausbildung eines einheitlichen Straßenbildes von vornherein unmöglich machen (OVG. 84, 422 ff.). Denn dann handelt es sich um Selbstverständlichkeiten, die keiner besonderen Hervorhebung bedürfen. In Frage kommen in dieser Hinsicht z. B. besonders grelle Farben oder absonderliche Bauformen, die aus dem Rahmen eines jeden Straßenbildes herausfallen. Derartige Eigenschaften einer baulichen Anlage werden ebenso, wie in einem bereits verunstalteten Straßenbild neue häßliche Bauten eine weitere Verunstaltung bewirken können (OVG. 99, 200; RVerwBl. 59, 473), auch bei einem in seiner Einheitlichkeit bereits gestörten Straßenbild als weitere Störung empfunden. Bei ihnen ist ferner, selbst wenn eine Straße und damit ein Straßenbild noch nicht vorhanden ist, die Feststellung begründet, daß sie die Einheitlichkeit eines jeden nur denkbaren Straßenbildes stören. Dem BezVerwGer. ist hiernach nicht beizupflichten, wenn es davon ausgehen sollte, daß solche Eigenschaften eines Baues, die nach den dargelegten Gesichtspunkten das Straßenbild auch ohne die Aufstellung besonderer Richtlinien über seine Neugestaltung stets beeinträchtigen müssen, in einer bereits durch störende Bauten beeinträchtigten Geschäftsstraße unter Umständen nicht störend wirken könnten. Es irrt aber weiter jedenfalls insofern, als es seine Entsch. auf die Erwägung stützt, es werde der Polizei bei der derzeitigen Gesetzeslage in absehbarer Zeit nicht gelingen, das Straßenbild der Straße so zu verbessern, daß die von der Kl. beabsichtigte Verkleidung der Pfeiler mit roten Reklameschildern störend wirken könnte. Denn die Rechtmäßigkeit des polizeilichen Einschreitens hängt nicht von der Frage ab, welche Zeit die Polizei voraussichtlich dazu brauchen wird, um einen polizeimäßigen Zustand herbeizuführen. Da hiernach die Entsch. des BezVerwGer. von Rechtsirrtum beeinflußt ist, so war die Sache vom RevG. ohne Bindung an die sonst für die RevInst. geltenden Beschränkungen frei zu prüfen (§§ 94, 98 LVG.). Dabei ergab sich, daß der Rechtsstreit entscheidungsreif ist.

Die von der Kl. beabsichtigte Neugestaltung der Fassade ihres Ladens durch die einzubauenden roten Glasschilder stellt sich als bauliche Änderung dar, die durch ihre Eigenschaften in jedem Straßenbild störend wirken muß. Eine der Hauptforderungen des städtebaulichen Heimatschutzes geht dahin, daß tragende Bauteile der Hausfronten, aus denen die Straßenwandungen gebildet werden, nicht durch Glasscheiben, Schrifttafeln u. dgl. verdeckt werden, sondern in ihrer baulichen Aufgabe auch äußerlich in Erscheinung treten sollen (OVG. 96, 196 = JW. 1935, 3681). Durch die Verkleidung von Pfeilern mit Glas wird ein Stoff scheinbar zu einem tragenden Bauteil gemacht, der seinen Eigenschaften nach ein solcher nicht ist. Das Glas fällt infolge seiner glänzenden Oberfläche aus dem Rahmen der sonst üblichen Baustoffe wie Stein, Putz, Anstrich usw. heraus und nimmt, insbes. bei einer Verwendung im Erdgeschoß, einem aus anderen Baustoffen errichteten Gebäude für den Beschauer den konstruktiven Halt. Diese unangenehme Wirkung ist besonders stark, wenn es sich, wie im vorl. Fall, um breite Pfeilerschilder, also auffallend große Flächen, handelt, die einen verhältnismäßig erheblichen Teil der Hausfassade verdecken. Erhöht wird die störende Wirkung noch durch die Farbe, das von der Kl. gewählte aufdringliche grelle Weinrot. Somit bedeutet die von der Kl. beabsichtigte Anbringung der roten Pfeilerschilder einen Verstoß gegen die Vorschrift des § 24 Abs. 1 Satz 1 der oben erwähnten Bauordnung. Unter diesen Umständen bedarf es keiner Erörterung der Frage, ob die Schilder eine grobe Verunstaltung des Straßenbildes darstellen und daher auch nach den Vorschriften des VerunstaltG. von 1907 und der Ortssatzung verboten werden können. Die Ablehnung der für die Schilder beantragten Baugenehmigung ist vielmehr schon mit Rücksicht auf die bezeichnete Vorschrift der Bauordnung gerechtfertigt.

Die Kl. kann sich demgegenüber nicht auf die ihr zugegangene Mitteilung des Präs. des Werberats der deutschen Wirtschaft berufen, daß die ihm von der Kl. vorgelegten Entwürfe für die zukünftige Gestaltung der Schildanschläge nach Form und Darstellung seinen Bekanntmachungen entsprächen. Das OVG. hat bereits ausgesprochen, daß durch das Ges. über Wirtschaftswerbung v. 12. Sept. 1933 die Befugnisse der Polizei grundsätzlich nicht berührt worden sind (OVG. 100, 135 = RVerwBl. 58, 759/760 = JW. 1937, 2677 und JW. IV C 154/36). Der Werberat ist zwar in der Lage, auch seinerseits darauf hinzuwirken, daß die Werbung geschmackvoll gestaltet wird und Verunstaltungen des Straßen-, Orts- oder Landschaftsbildes unterbleiben (vgl. 2. Bekanntmachung des Werberats v. 1. Nov. 1933, I Nr. 6 Abs. 3 [DRAnz. Nr. 256]). Diese Befugnis schließt aber im Einzelfalle die Zuständigkeit der Polizei zur Wahrung der in Betracht kommenden polizeilichen Interessen nicht aus. Der Werberat kann nicht mit bindender Wirkung für die Polizei oder die Verwaltungsgerichte feststellen, daß im Einzelfalle eine bestimmte Reklame allen gesetzlichen oder polizeilichen Vorschriften entspreche und deshalb zugelassen werden müsse. Eine derartige Bescheinigung hat er in seinem Schreiben an die Kl. auch nicht ausgestellt. Er hat der Kl. nur bestätigt, daß die von ihr vorgesehene Gestaltung der Schildanschläge seinen eigenen Bekanntmachungen entspreche. Damit ist aber nicht gesagt, daß auch allen sonstigen gesetzlichen und polizeilichen Vorschriften genügt sei.

Wenn die Kl. es als Aufgabe des Werberats bezeichnet, darüber zu wachen, daß die Wünsche von Heimatschutz und Wirtschaft auf Einschränkung bzw. Herstellung des Außenanschlags sachlich gegeneinander abgewogen und etwa einander entgegenstehende Interessen ausgeglichen werden, so wird ein solcher Ausgleich durch die wünschenswerte Zusammenarbeit von Polizei und Werberat erreicht. Demgemäß sieht der Ministerialerlaß vom 21. Juli 1936 (RMBliV. 1003) vor, daß die Polizei den Werberat vor ihrem Einschreiten in geeigneten Fällen nach den üblichen Verwaltungsgrundsätzen beteiligt. Auf die im Verwaltungsstreitverfahren allein nachzuprüfende Rechtmäßigkeit der von einer Behörde innerhalb ihrer Zuständigkeit erlassenen Verfügungen ist jedoch die Beachtung oder Nichtbeachtung derartiger innerdienstlicher Anordnungen ohne Einfluß.

Hiernach hat die Baupolizei den Antrag der Kl. auf baupolizeiliche Genehmigung der roten Pfeiler mit Recht abgelehnt.

(PrOVG., Urt. v. 9. Juni 1938, IV C 182/36.)

Berichtigung

In dem Aufsatz des GerAss. Dr. Krupp: JW. 1938, 2725 muß das Zitat in der linken Spalte Zeile 2 von oben richtig lauten: JW. 1938, 2170 (nicht 2710).

D. S.

Hauptschriftleiter: Rechtsanwalt Rudolf Hensen, Berlin W 35, Lützowufer 18 II. Stellvertreter: Schriftleiter Rudolf Leppin, Berlin.
Anzeigenleiter: Paul Goldstein, Leipzig C 1, Dresdner Str. 11/13. Durchschnittsaufl. 3. Vj. 38: 20000. Druck: Oscar Brandstetter, Leipzig.
Verlag: W. Moeser Buchhandlung, Leipzig.